İslâm Fıkhı ve Roma Hukuku

Prof. Dr. Muhammed Hamidullah
C. H. Bousquet
Prof C. A. Nallino



Prof. Muhammed Hamidullah
G. H. Bousquét
Prof. C. A. Nallino

İSLÂM FIKHI VE ROMA HUKUKU

Çeviren :
Kemal Kuşçu



İstanbul ——— 1964

ÖNSÖZ

Roma Hukukunun İslâm Hukuku üzerine müessir olup olmadığını araştıran ve Prof. Muhammed Hamidullah'ın **İslâmda Devlet İdaresi** adlı kitabının Giriş kısmında bahsi geçen bu yazılardan konuyu derin bir vukufla tetkik edenlerden birincisi Prof. M. Hamidullah'ındır.

İkincisi C. H. Bousquet isminde bir Fransız müsteşrikinin yazısı olup **Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Légistation et de Jurisprudence** dergisinin Temmuz-Ağustos 1947 sayısından tercüme edilmiştir. Mütercim haşiyeleri Hindistan'ın Azamgadh şehrinde çıkan Maarif mecmuasından iktibas edilmiş olup, Prof. M. Hamidullah'ındır.

Üçüncü yazı C. A. Nallino isminde bir İtalyan müsteşrikinindir, **Raccolta di Scritti** adlı eserinden ve Fransızca tercümesinden Türkçeye çevrilmiştir.

Hacmı küçük, ilmî kıymeti büyük olan bu eserin ilim muhitlerimizde alâka ile karşılanacağını ümid ederim.

5 Zilkade 1383
19 Mart 1964

K. K.

I
B Ö L Ü M

İSLÂM HUKUKU ÜZERİNE ROMA HUKUKUNUN TESİRİ

Prof. Dr. Muhammed Hamidullah

Burada bahis konusu olan 1941 de Haydarabad - Dekkan'da toplanan müsteşriklerin pan-indiyen kongresinde okunan bir rapordur. Bu rapor iki sene sonra 1943 de *Hyderabad Academy Journal*'de neşredildi. Müellifi tarafından tekrar gözden geçirilen bu yazı, ingilizceden tercüme edildiği fransızca nüshasından türkçeye çevrilmiştir.

Hukuk sistemlerinin de diğer beşer kanun ve müesseseleri gibi kendisinden evvel gelenlerin tesirinde kaldıkları ve muasırlarının da tesirleri altında kalmış olmaları tabiî bir hâdisedir. Eğer İslâm hukuku da Roma hukukunun yahut kendinden evvel gelmiş olan başka bir hukuk sisteminin şu veya bu şekilde ve herhangi bir derecede tesiri altında kalmış ise bunda şaşılacak bir şey yoktur. Fakat böyle bir tesirin varlığı ve şümulü uzun ve dikkatli araştırmalar sonunda söylenebilir, o halde bile netice bir ihtimalden başka bir şey olamaz. Zira bir hukuk sistemi ancak binlerce âmilin (faktörün) tesiri altında asırlar boyunca inkişaf eder; ve buna yardım eden ve

mühim bir kısmının ilmî iffetlerinde şüphe olmıyan hukukçuların, yabancı kaynaklardan istiare (kopye) edildiğine dair hiç bir vesika bırakmamış olduklarını gördüğümüz zaman, müşkülât tezayüd eder, meğer ki bu istiare, nisbeten ikinci derecede olan hususlar için bir memleketin âdetlerinden alınmış olsun.

Şüphesiz faraziyelerin sonu yoktur; ve filhakika garplılardan bazıları şu mütalâada bulunacak kadar ileri gitmişlerdir: "Tahmin (ihtimal) daha doğrusu zaruret, İslâm hukukunun umumi prensiplerinin ve mu'tad kaidelerinin Arap örf ve âdetinden ziyade Roma şark (Bizans) imparatorluğunun hukukundan başka bir şey olmamasını gerektiriyor... Roma hukuku mekteplerinin, Roma hukuku kitaplarının, kollejlerde okumaya başladıkları andan itibaren Roma hukuku ile meşbu' olan hâkim ve memurların bulunduğu bir memlekette; (müslümanların memleketinde) bütün bu, ihtimamla hazırlanmış fikirler ve kaideler sisteminin, Roma hukukunun son safhalarının esas prensiplerine şayanı hayret bir tenevvü ve benzerlikle birdenbire meydana geldiği düşünülecek olursa şu neticeye varmamak mümkün değildir ki, bu sistem (müslüman hukuk sistemi) Roma şark imparatorluğu hukukunun, Arap hâkimiyetinin (idaresinin) siyasî şartlarına intibak ettirilmiş Roma hukukundan başka bir şey değildi."
(Sheldon Amos, The History and Principles of Civil Law of Rome. pp. 406-415).

Lâkin bu konuda tarafsız ve ilmî bir tetkikin ilk şartı, her iki hukuk sisteminin teferruatında derinliğine bir bilgiye sahip olmaktır, ve İslâm hukukunun tekâmül tarihine ve İslâm hukukçularının hayatlarına (biyografilerine) ve onların yaşadıkları muhitlere iyiden iyiye vukufdur. Burada bu hususda hiç bir iddiaya kapılmadan bu konuda hakikate yaklaşmaya çalışacağız. Evvelâ başdan başlayalım.

Herkesin bildiği gibi İslâm hukukunun temeli bütünü ile Kur'an ve Sünnete dayanır. Kur'an Hz. Peygambere vahy yo-

lu ile gelenleri ihtiva eder; Hadislere gelince onlar da söyledikleri, yaptıkları yahut müslümanların yapmalarına müsamaha ettikleridir. Kur'an ve Hadis tarafından yasak edilen bir fi'li, İslâmda hiç bir beşer otoritesi mübah kılamaz; bunun gibi bu ikisi (Kur'an ve Sünnet) tarafından müsaade edilen bir şeyi de dünyada hiç bir kuvvet İslâm memleketinde yasak edemez. Bu takdirde Kur'anın ve onun tamamlayıcısı olan Sünnetin sükût ettiği mevzularda örf ve âdetler kabul edilebilir; ve hattâ kıyas tariki ile varılan istinbatlar İslâm hukuku kaynağı olarak — bu örf ve âdetler yahut istinbatlar ilk kaynakların (Kur'an ve Sünnetin) ruhuna aykırı olmamak şartıyla kabul edilebilir.

Bazı yabancı tesirler izlerini İslâm kanununda bırakmış olabilirler, bu inkâr edilemez. Kur'an bile, benzer hallerde, İbrahim, Musa, İsa gibi kendinden evvel gelmiş peygamberlerin gittiği yoldan gitmesini Hz. Peygambere emreder. Meselâ Kur'anda şu âyetleri görüyoruz:

1. (18 peygamberin isimlerini saydıktan sonra) "İşte Allahın, kendilerine yol gösterdikleri, onların yolunu tut (ey Muhammed)" Kur'an, 6:90.
2. "İşte sana bildiriyoruz, İbrahimin dinini samimi olarak takibet" (16:123).
3. "Şüphesiz size, İbrahimde ve onunla beraber olanlarda güzel örnekler vardır..." (60:40).
4. "Ve sana indirilene ve senden evvelkilere indirilenlere ve ahiret gününe inananlar, onlar Rablarının hidayetine erenlerdir; Felâh bulanlar onlardır." 2:4-5).

Bundan başka Buhari, Tirmizi ve diğer klâsik müellifler naklederler ki ,Resulü Ekrem doğrudan doğruya, hakkında bir vahy telâkki etmediği durumlarda, Ehli Kitabın (Yahudilerin ve Hristiyanların) âdetlerine temayül ederdi (meselâ saç taramak konusunda bir Hadis nakledilir). Semavi bir kitabı olmıyanların ve müşrik Arapların örf ve âdetlerine gelince İbn Hanbel (III.245) Hz. Peygamberin mühim bir Hadisini nakle-

der: "يعمل فى الاسلام بفضائل الجاهلية = Cahiliye devrinin (İslâmdan ovvelki devrin) faziletleriyle İslâmda da amel olunur". Hattâ Hac gibi İslâmın temel bir ibadeti, herkes bilir ki İslâmdan evvel müşrik Araplarda cari olan bir müessese idi. Şirk unsurlarından temizlenip ta'dil edilerek islâmiyetçe kabul edildi. Arabistan müşriklerinin âdetlerinden İslâmın da devam ettirdiklerinin, eski peygamberlerden geldiğini bahusus İbrahimin Mekkeye yerleşen oğlu İsmailden geldiğini iddia etmek imkânsızdır. Meselâ, (Hz. İbrahimin kendi zevcesi Hacerin susamış oğluna, ikisi arasında ümitsizce su aradığı Safa ile Merve tepelerinin mukaddes tutulmasının Hz. İbrahim tarafından emredilmiş olması imkânsızdır; bunun daha sonraki devreye ait olacağını tahmin ediyorum). Klâsik müellifler, İslâmın, kendi prensiplerine çirkin görünmeyip, ona tamamile uyan ve bu sebepten ipka edilen âdetlerin uzun listelerini verirler. Yüz deveye tesbit edilen kan pahası (fidye) Hz. Peygamberin büyük babası Abdül Muttalibin icadıdır. Bilindiği gibi Abdül Muttalib en sevdiği oğlunu kurban olarak adamışdı, bundan kurtulmak, onun yerine deve kurban etmek istedi ve onunla (oğlu ile) muayyen bir deve mikdarı arasında kur'a çekmeye başladı, kur'a oğluna isabet ettikçe o da diğer tarafa deve ilâve etti(deve sayısını çoğalttı). Nihayet deve sayısı yüz olunca kur'a develere isabet etti (ve oğul kurtuldu). Bunun gibi yemin edenlerin tasdik müessesesi (Kusâme) — ki, buna göre bir cinayetle suçlandırılan kimseye karşı elde inandırıcı deliller bulunmaz ise, sanığın yakin akrabasından bazılarının sanığın ma'sum olduğuna dair yemin etmeleri (ve bunun neticesi sanığın beraeti) âdetini tesis edenlerden bazıları, bunun İslâm tarafından da kabul edildiğini görecek kadar uzun seneler yaşadılar. Bundan başka gayrımenkullerin bütün vergi kanunları, hiç değilse Irakda halife Ömer (R.A.) tarafından — Mesudinin rivayetine göre — oraların fethi sırasında ne halde bulundu ise o halinde ipka edildi (devam ettirildi). Malûm-

dur ki bu kanunlar, memleketin eski sahipleri olan Sasanilerin hukukunun bir kısmını teşkil etler.

İslâm Mekkede zuhur elli. Tabiatiyle ilk müslümanların tatbik ettikleri, o beldenin ticaret sahasındaki gelenekleri idi. Mekkenin bu örf ve âdetlerinden gelen lıızı hukuk kaideleri arasına Hz. Peygamber tarafından ilga edildi, fakat büyük bir kısmı müsamahaya uğradı ve ipka edildi. İhmal edilmemesi (unutulmaması) lâzımgelen cihet şudur ki şayet Hz. Peygamber, Ashabı arasında muayyen bir âdete karşı müdıhele etmediği zaman bu âdet (hiç değilse muvakkaten) İslâm hukukunun bir kısmını teşkil ediyordu. Ekseriya bu âdetler (Takrir) adı altında Peygamber (S.A.) in Hadislerinden bir kısmını teşkil eder ki bu kelime te'yid yahut müsamaha mânalarına gelir. Hz. Peygamber (S.A.) Medineye hicret etmek için Mekkeyi terk ettiği zaman —Medinenin o tarihlerde ahalisi arasında şehrin İktisadî hayatını geniş bir ölçüde kontrolü altında tutan kuvvetli bir yahudi unsuru (elemanı) vardı— aynı usul ve kaide Medinede de tekerrür etti; ve Mühacirler (yani Mekkeli mülteciler) de kendilerde beraber eski usul ve âdetlerini getirdiler, Medinenin örf ve âdet hukukunu zenginleştirdiler; Medine, geçmiş asırlar boyunca istiylalar ve göçler dolayısıyla bu konuda gelişmeler kaydemişti. Mekke örf ve âdetinin İçtimaî, ticarî ve diğer sahalardaki tesirleri de İslâm hukukunun tekâmülüne yardım etti. Çok geçmeden Medine, arazisi daima genişliyen bir devletin başşehri oldu; ve bir devlet politikası olarak Hz. Peygamber (S.A.), dine yeni girenlerin İslâm devletine inkiyad etmemiş olan toprakları terkedip Medineye hicret etmeleri hususunda ısrar etti. Filhakika Yemenlilerin, Türklerin, Şimal Arabistan insanlarının, Habeşlilerin, İranlıların hattâ Bizanslıların (bilhassa İslâmî kabul eden kölelerin) Peygamber şehrinin sokaklarını doldurduklarını gömüyoruz. Bütün bu ferdi unsurlar (elemanlar) bilhassa daha İleri bir medeniyete sahip olmuş olan Yemenden ve diğer memleketlerden gelenler, Hz. Peygamberin zamanında, İslâm hu-

kukunun bidayeti teşekkülünde onun gelişmesine ve zenginleşmesine yardım etmekden geri kalamazlardı.

Hz. Peygamber (S.A.) in irtihalinden sonra onbeş senden az bir zaman içinde Medinedeki halife, daima genişleyen üç kıt'adaki topraklarda yaşayan ve yarım düzüne eski ve daima canlı bir medeniyete ve lisana mensup ve sahip olan insanlar üzerinde en yüksek bir hükümdar sıfatıyla hükümran oluyordu. Bu üstünlük gelip geçici olmadı, hemen hemen bin sene devam etti. Binaenaleyh İslâm hukukçularının, yalnız Suriyede ve Mısırda tatbik edilen Roma hukukunu değil, İran hukukunu, Gotik (İspanyol) hukukunu, Hindu hattâ Orta Asyada Türkistanda mer'i olan Çin - Budist hukukunu, daima artan bir bilgi ile tetkik etmiş olmalarını istidlâl etmek tabiîdir.

Daha az büyük bir ehemmiyeti haiz olmıyan diğer bir âmil (faktör), Arapdan gayrı milletlerin, İslâmın ilk devirlerinde de daima artan bir sayıda İslâma girmeleri idi. Bu insanların arasından daha sonraları büyük müslüman hukukçuları yetişdi. Bir tekini söyliyelim: Ebu Hanife. Menşei İranlı idi. Hz. Peygamber (S.A.) ile (Hukuk üstadları ve İslâmda mezhep müessisleri — kurucuları — olan) büyük imamların arası geniş ölçüde menşeleri Arapdan gayrı — ki onlara mevali denir — İslâm hukukunu tahsil eden ve sonra onu aralarında bir tefrik yapmaksızın Araplara ve Arapdan olmıyanlara tedris eden âlimlerle doludur.

İslâm hukukunun gelişme tarihi böyle olunca müslümanlarda örf ve âdete dayanan hukuk ve kaidelerin sistemleştirilmesinde ve genişletilmesinde bir dereceye kadar yabancı tesirlerin kendilerini hissettirmiş olmaları ihtimal dışı sayılamaz. Bu yabancı tesirlerin herbirinin tamı tamına ve ayrı ayrı hisseleri nelerdir? Bu, münakaşa edilecek bir meseledir. Burada onların aralarından ancak bir tanesini, Roma hukukunun tesirini ve meselenin bazı cephelerini tahlil etmek, münakaşa etmek istiyoruz. Bu konuda iki araştırma yolu hatıra geliyor, şöyle ki:

1. Roma hukuku ile İslâm hukuku sistemleri arasında hakikaten benzerlikler var mıdır?

2. Varsa bu birbirile temas ve aksi tesirin neticeleri midir; yoksa başka türlü ifade edilebilinir mi?

Birinci suale gelince ben, bahis konusu olan sistemler arasında **ibadetlere** (namaz, oruç, hac, zekât hattâ Kur'an tarafından tesbit edilen devlet giderlerine,) **Hududa** (büyük suçların ceza hukukuna), mirasa ,borç vermeye, faize, esas teşkilâta, izdivaca, talaka (boşanmaya) gayrımeşru çocukların durumlarını düzeltmeye, devletler umumi hukukuna, adalet tevziindeki usullere ,ve kanunun kaynaklarına müteallik mevzularda bir benzerliğe şimdiye kadar tesadüf edemedim. Hattâ kölelik ve kölelikden azad etmeye müteallik temel fikirlerde iki sistem arasına bir benzerlik yoktur. Yalnız **Muamelât** kısmında bir dereceye kadar benzerliklere tesadüf edilir. Bu benzerlikler, İslâmın zuhurunun akabinde Suriye Mısır, Filistin gibi evvelce Bizans işgali altında bulunan bölgelerde yerleşmiş olması ile bir dereceye kadar izah edilmek istenildi ve bu itibarla bu bölgelerde yayılmış olan Roma hukukunun tesiri altında kaldığı söylendi. Bu tesir, yalnız İslâmın bu topraklarda tevarüs ettiği idare cihazlarıyla değil, eski Bizans tebası arasından binlerce, yüzbinlerce, İslâm dinine giren mühtediler ve İslâm toprağında bunlardan daha çok, ihtida etmemiş fakap çıkıp da başka taraflara da gitmemiş ve Roma kanunlarına göre hayat sürmeye alışmış ve İslâm tarafından himayeye mazhar teba olarak kabul edilmiş insanların devamlı mevcudiyetile kendini hissettirebilirdi.

Bunlar akla yakın bir izah tarzı olabilir; lâkin tarihî bir vakıa olarak kabul etmeden temamlayıcı delillere ihtiyaç gösteren birer faraziye olarak da mütalâa edilebilir. Bununla beraber bu faraziyenin aleyhinde bulunacak bazı vakıalar (olaylar) da ihmal edilemezler.

ROMA TESİRİNİN ALEYHİNDEKİ DELİLLER

1) İslâm kanunlarının en son kaynağı, söylemeye hacet yoktur ki Hz. Peygamber (S.A.) in şahsıdır, müslümanlar (Allah kelâmı olarak) Kur'anı ve Hadis yahut Sünneti adı altında sözlerini, yaptıklarını ve müntesipleri arasında yapılmasına müsamaha gösterdiklerini bıraktı. Peygamber (S.A.) ne Yunanca, ne Lâtince hatta ne de Süryanice biliyordu, bu itibarla o devrin Roma hukuku ile doğrudan doğruya temasa gelmesine imkân yoktu. Bütün hayatını hemen hemen doğduğu memleketi Mekkede, kendi kavminin arasında geçirdi. Bizans arazisine olan seyahatleri, oradaki ikametleri bahis konusu edmeye değmez: Yalnız iki defa güney Filistine gitti, ilkinde sekiz dokuz yaşında bir çocukdu, ikincisinde yirmidört yaşında idi ve onbeş günden fazla da kalmamıştı. Bundan başka Peygamber (S.A.) in ashabı arasında Roma hukukunu bilen âlimler olduğuna dair de hiç bir haber yoktur. Binaenaleyh biz şu neticeye varmağa mecburuz ki, İslâm hukukunun doğrudan doğruya Kur'andan ve Hadisden istinbat edilmiş olan kısmı hiç bir vecihle Roma hukukunun tesiri altında kalmamıştır.

2) İslâm hukuku tabiî olarak ilk hamlede kendi doğmuş olduğu Mekkenin, daha sonra da Hz. Peygamber (S.A.) in hayatının son on senesini geçirdiği Medinenin ve umumi olarak Arabistanın örf ve âdetine dayanması icabeder. Habeşlilerin kısa bir müddet hâkim oldukları Yemen müstesna olmak üzere Roma hukukunun hattâ bilvasıta nüfuz ettiğini gösterecek bir iz, Arap yarım adasında yoktur. Bizans hükümeti, ismen (itibari) bir nüfuza sahip olduğu Arabistanın şimal ucundaki kabilelere kendi kanunlarını tatbik etmiyordu. Eğer Arap tacirleri hassatan Mekkeninkiler, Bizans arazisindeki pazarlara mutadları vecihle gidiyorlar idiyse, aynı tacirler Iraka (İran toprağına) ve diğer memleketlere de gidiyorlardı. Bu Arapların Arabistana İslâmın zuhurundan evvel Roma hukukuna dayanan hukukî bilgiler getirmiş olsunlar, böyle bir mütalâa na-

zarı dikkate alınmağa değer; fakat bu tacirlerin — diğer tesirler hariç — Roma hukukunun tesirinde kalmış olmaları iddiası, eşyanın mahiyeti icabı varid olamaz. Filhakika yabancı hukuk unsurlarını (elemanlarını) Arapların memleketlerine getirdiklerine dair bir iz bulunamamıştır.

3) Bütün müslüman hukuk ekolleri (mezhepleri) Hicaz, Irak ilâh... gibi Bizansa ait olmamış topraklarda zuhur ettiler. Bu keyfiyet sünni mezhepler için olduğu kadar şii mezhepler için de doğrudur: (Şiiler için de) Zeydiye ve İmamiye ve (Sünniler için de) Hanefi ve Mâliki mezhepleri Kûfe ve Medinede meydana geldiler ve gelişdiler. Her iki şehir de tamamiyle Arapdı. Sabık Bizans topraklarında yetişen o devrin yegâne hukukçusu Evzaî'dir. Lâkin (Tabakatül Huffaz, I, 168) Zehebi'ye göre o Sind (Batı Pakistan) da alınan bir harp esirinin oğlu idi ve hayatının sonlarına doğru Beyruta yerleşmişdi. Bundan başka Mezhebi kendisinden sonra devam etmedi. Daha sonra Şafii ve Hanbeli mezhepleri zuhur ettiler; bunlar da Bağdad'da (daima Bizans tesirinin dışında) doğdular. Herne kadar Şafii mezhebinin kurucusu Mısıra gitti ise de bu, onun hayatının son senelerinde vuku buldu. O vakte kadar Roma tesiri dışında kalmış memleketlerde yâni Irakda ve Hicazda İslâm hukuku geleneklerini (rivayetlerini) incelemiş ve büyük bir ruh olgunluğuna ermişdi.

4) Emevilerin başkenti Şam idi. Fakat onların saltanatlarının mümeyiz vasfı (karakteristiği) Kur'an, Hadis ve Arap edebiyatı, tarih ve tıb araştırmalarıdır. Evvelce Roma hukuku ile idare edilen vilâyetlerde oturan müslüman âlimlerin hukuk ilmine ciddî bir dikkat atfettikleri görülmüyor. Emevilerin pek kısa süren saltanatlarına Abbasiler varis oldular. Bunlar başkenti İran yakınlarındaki Bağdada naklettiler. İşte o zaman hukuk ilminin lehine bir şevk ve gayret görüldü ve halife Mansur'un devri gibi 745 - 775 çok eski bir devirde bu ilim halifenin himayesine mazhar oldu. Halife, İmam Malikden, devlet mahkemelerinde yürürlükde bulunacak yegâne kanun

ilân edilmek üzere bir İslâm hukuku (kanunu) hazırlamasını talebetti. (Zürkani'nin İmam Malikin Muvatta'sına yazdığı mukaddimeye bakınız.) Bir evvelki devirde (Emeviler devrinde) Arabistanın dışında İslâm hukukunun tek bayrakdarı olan Kûfe Bağdaddan uzak değildi, fakat bizzat Bagdad gibi o da Romanın tesirinden uzakdı ve belki de daha fazla, çünkü bu şehir bir vilâyet hattâ askerî bir garnizon şehri idi. Kozmopolit bir halkı kendine çekecek bir sahil ticaret şehri yahut bir başkent de değildi.

5) Şüphesiz ki her iki sistemde lâtince ve arapça hemen hemen aynı şeyi ifade eden ıstılahlar (terimler) vardır, şöyle

arapçası		lâtincesi
fıkh	فقه	(juris) prudence
fetva	فتوى	responsa prudentium
icma'	اجماع	consensus
âdet	عادة	usus
örf ehli Medine	عرف اهل مدينه	consuetodo populi romani
illetüş şer'	علة الشرع	ratio legis
rey	رأى	opinio
maslahatü amme, ıstıslah ilâh...	مصلحة عامه استصلاح...	salus populi

Fakat mânidar (mânalı) olan şudur ki, mantıkda, felsefede, coğrafyada, tıbda ve skolastik teolojide doğru olanın aksine olarak ne yunancadan ne de lâtinceden alınmış (ve arapçalaştırılmış) bir kelimeye bütün İslâm hukukunun başlangıcında dahi tesadüf edilmez. Biraz evvel sayılan ilimlerde olduğu gibi bidayetde de o ilimlerde Arapçada, olduğu gibi kullanılan on kadar yunanca kelime vardı: (Bir kaç tanesi halâ mevcut olmakda devam etmekdedir) ve daha sonraki devirdedir ki bu kelimelerin sırf arapça karşılıkları bulundu yahut uyduruldu

Bir misal olarak şu kelimeleri sayabilirim: "usulucya" (teoloji) karşılığı, "aritmetika", "metimetika" (aritmetik, matematik) karşılığı... Bu kelimeler başlangıçda bu şekilde kullanılırken sonraları "ilâhiyat", "hesap" ve "riyaziyat" şekillerini aldılar. Buna karşılık en eski devirlerde bile İslâm hukukunun ilk eserlerinde dahi benim görebildiğime göre ilmi bir ıstılah (teknik terim) olarak bir tek yabancı kökden gelme kelimeye tesadüf edilmez. Şüphe yok ki yabancı asıllı gayet cüzi birkaç kelime vardır. Görünüşe göre ticarî muamelelerde kullanılan, çoğu Fars ve Aramik kökünden olmak üzere birkaç kelime İslâmdan evvel Arap dilinde kullanılmaya başlanmıştı. Yukarıda saydığımız lâtince tâbirlerin karşılıklarına gelince **Fıkıh** (hukuk ilmi) da dahil olmak üzere bunların hemen hemen hepsi Kur'andan istihrac edilmişlerdir. Burada bütün insanlıkda müşterek olan fikirlerin bahis konusu olduğu söylenebilir. Eğer Lâtinler o kelimeleri yalnız başlarına bulabilmişlerse, Adem ile Havvanın öteki torunlarının da bu konuda kabiliyetsiz olmalarına bir sebep yoktur. Bu mütalâada bizi takviye eden, bu karşılıkların tamamile zahiri bir benzerlik arz etmeleridir. Mukabilleri olan lâtinceden nüans farklarıyla ayrılıyorlar. Müslümanların "İcma" ının Romalıların "Consensus"ü ile bir alâkası yoktur; Medine halkının âdeti, **consuetudo populi romani** ile aynı temele dayanmamakdadır: Filhakika Medinelilerin âdetlerinin bir kudsiyetle alâkaları yoktur, kudsiyeti haiz olan Peygamber (S.A.) in âdetidir; zira ona hukukî bir kıymet veren hukukçular derler ki, Medinelilerin âdeti nesilden nesile tevarüs edile edile Peygamber (S.A.) zamanına kadar gider ve Hz. Peygamber de onu muhtemelen öyle bulmuş ve müsamaha etmiştir. (Ve başka yerlerden ziyade bu âdetler Medinede daha iyi muhafaza edilmiş olabilir.)

6) Diğer ilimler için doğru olanın aksine olarak İslâm hukukunun teşekkül ve gelişme zamanında Roma hukukuna ait eserlerin tercemelerine (terceme edildiklerine dair herhangi bir kayde) tesadüf edilmiyor, böyle bir şey mevcud bulun-

muyor. Biraz evvel gördüğümüz gibi bu dillere vakıf olah, Roma hukukuna bilâvasıta veya bilvasıta nüfuz edecek hukukçular da yoktu. Bilâkis o devrin müslümanları Hz. Peygambe (S.A.) in, en samimi ve aziz sahabisi olan Hz. Ömer'i, Kitabı Mukaddesi okuduğu için şiddetle tevbih ettiğini unutmamışlardı.

7) Meşhur müslüman hukukçuların hemen hemen hepsi hattâ Peygamber ve Ashab devrinden sonra gelenler, Roma toprağı olmıyan memleketlerde zuhur ettiler, sayıca en fazla olanlar İrandan ve Türkistandan idiler ki bu memleketlerde Roma gelenekleri hariç daima İran ve Çin - Budist ananeler hâkim olmuşlardı.

8) Arap kaynakları bazı yabancı kanunların kabul edildiğinden bahis ederler, fakat bunlar Romanınkinden gayri olan kanunlardır. Dolayısıyla Bizans kanunlarına ait bulabildiğim bir telmih (işaret) şudur: (Şarlmanm muasırı Hârûnür Reşid devrinin) büyük hukukçusu Ebu Yusuf «El harac» isimli eserinde, halife Hz. Ömerin Manbic (Hicrapolis) deki gümrükçüsüne, İslâm toprağına giren yabancı tacirlerden, onların memleketine giden İslâm tebası tacirlerden alınan gümrük resmine müsavi bir vergi almasına dair talimat verdiğini kaydeder. Bu mütekabiliyet kanunu Bizanslılara tatbik edilince Bizanslıların gümrük kanunu müslüman hukuku içine, muvakkaten dahi olsa girdi (amma bütün vilâyetlerde seyyanen tatbik edilmek gibi bir mahiyeti haiz değildi). Diğer bir hâdise hem İranı hem de Bizansı ilgilendirir: Ebu Davud, Peygamber (S.A.) in şu sözünü nakleder: «Memede bir çocuğu olan kadına hayatı zevciyeti yasak etmek isterdim, lâkin sonra vazgeçtim, çünkü bana dediler ki İranlılar ve Bizanslılar aynı şeyi yapıyorlar (hayatı zevciyeti devam ettiriyorlar) ve bununda onlara bir zararı olmuyor». Halbuki bu harekette Arabistan bu iki yabancı memleketten farklı davranmıyordu; Peygamberin arzusu (tahakkuk etseydi) bir yenilik olacaktı. Şimdiye kadar söylendiği gibi, Roma hukukuna atıflar (referanslar) hemen

hemen yok gibidir. Buna karşılık İran kanunularına atıflar (referanslar) çok vuzuhludur (açıkdır). Mesudiye göre halife Ömer (R.A.) İranın emlâk ve arazi kanunlarını okadar adaletli buldu ki Sasani imparatorluğunu fethettiği zaman bu kanunların olduğu gibi muhafaza edilmesini emretti (Suriye ve Mısır gibi Bizanslılardan alınan memleketlerde aynı şeyi yapmadı). Bundan başka askerlik hizmetine tabi olmıyanlardan alınan ve Kur'anda bahsi geçen **Cizye** İranda evvelce vardı ve dil âlimleri bu kelimenin farscadaki **Gazya**'dan geldiğini temin ederler.

9) Kur'an, İslâm devletinin gayrımüslim tebasının hukukî ve adlî bir muhtariyetten istifade etmesini bilhassa emreder: Gayrımüslim kanunlarının gayrımüslimler tarafından gayrımüslimlere tatbiki (Kur'an, 5:43 - 50). Bu keyfiyet, müslüman kanunlarıyla gayrımüslim kanunları arasındaki tesir ve aksi tesiri bertaraf eder. Çünkü Kur'anın bu emri kavli mücerred olarak kalmamış, Peygamber (S.A.), Hulefayı Raşidin, Emevi, Abbasi, Osmanlı halifeleri ve diğerleri zamanında ihtimamla tatbik edilmiştir. Her zümrenin (Hristiyan, musevi veya başka bir millet) kendine mahsus adlî bir teşkilâtı vardı. Gayrımüslimlerin kendi mahkemelerine tercihan müslüman mahkemelerine müracaat ettikleri haller çok nadirdi; fakat bu da (yani İslâm mahkemelerinde dâvalarının görülmesi) ancak İslâm kanununun tatbik edilmesi şartıyla mukayyetti.

10) Müslümanlar, yayılmalarının başında aynı zamanda iki cephede harbi kabul etmek zorunda kaldılar: Bizans ve İran. Peygamber (S.A.) in irtihalinden onbeş sene geçmeden İslâm toprağı İspanyanın cenubundan bir tarafdan garbi Çine diğer taraftan Kafkasyanın güney eteklerinden Batı Hinde kadar uzanıyordu (halife Hz. Osman devrinden bahsediyoruz). Bu geniş imparatorluğun sakinleri (halkı) hiç değilse bir düzüne dil konuşuyorlar ve yarım düzüne eski birer medeniyete mensup bulunuyorlardı. Her grubun kendi kanunları ve ken-

dine mahsus kültürleri vardı. Yalnız ifrata varıp gülünç olanlardır ki bu durumda İslâm hukuku diğerlerinin değil de yalnız Roma hukukunun tesiri altında kaldığını iddia edebilirler.

11) Roma ve İslâm hukuk sistemi arasında esaslarda farklar vardır. Romalıların Jus dediği hukukları kendi sahasına dini inanç ve ibadetlere ait kanunlar kabul etmiyordu. Halbuki müslümanların fıkh'ı onu (din konusunu) dışarıda bırakmaz, ve medeni kanun, devletler hukuku yanında onu da içine alır. Roma hukuk kitapları ilgili kanunlara göre, eşhas, eşya ve kaza (action) mevzularıyla üçe ayrılır. Kanunların (hukukun) bu üçe bölünüşü hiçbir müslüman hukuk ekolü tarafından kabul edilmemiştir; kanunların müslümanca taksimi şöyledir: **İbadat, Muamelât** ve **Ukubat.** Patria potestas (baba hâkimiyeti) Roma sosyal kanunlarının mihveridir; İslâm bunu tanımaz ve orada ferdiyetçilik kendi köklerini bulur. Kanun Romalılar için halk iradesinin ifadesidir, İslâm hukukunda ise Allahın iradesidir. Roma hukukunun karakteristik hususiyetleri arasında öyle formaliteler vardır ki Post, Gaius'ün Institutiones Juris civilis kitabının mukaddimesinde (s: 34-35) onlardan usandırıcı ve yorucu formaliteler diye bahseder. Kanun, hasımlar tarafından kelimesi kelimesine söylenecek formüller ve jestlerin söylenmesini ve yerine getirilmesini icab ettiriyordu. Bunlardan biraz inhiraf bütün hakkı kaybettiriyordu (aynı eser, s: 17,455). Bu keyfiyet İslâm mahkemelerinin sade ve hattâ merasime tabi olmayan usulleriyle kuvvetli bir tezat teşkil eder. Bundan başka Müslümanların monoteizm (Tevhid) akidesi ve Romalıların politeizm (müteaddit tanrılara inanış akidesi) müslümanların ve Romalıların hukuk sistemleri arasında mevcut olan büyük sayıdaki temel farkları izah eder.

12) Roma hukuku denilen hukuk da sırf Romalıların değildir. Aynı müellif Post'a göre (s: 15) Romanın kanunu, Şark ile temasa girmedikçe, az gelişmiş "iptidai şartlar içinde" kalmakdan kurtulamadı ve Şimal Afrikanın, Suriyenin ve Küçük

Asyanın mühim ölçüde tesirinde kaldı. Collinet ve diğer ilim adamlarının, Roma hukuku denilen hukuka Şark hukukunun tesirlerini göstermeye üşenmediler. Bizzat Gaius dahi küçük Asyadan bir şarklı idi. İslâm zuhur ettiği zaman Roma hukuku (Romanın) şark vilâyetlerinden kayıbolmuştu, yerini mahallî âdetlere, rahiplerin kâtiplerin hakemliğine terketmişti, onlar (rahipler kâtipler) de müşrik telâkki ettikleri Romanın hukukuna müracaat etmekden nefret ediyorlardı. Bu, kısmen hristiyanların kendi sabit düşüncelerinden ileri geliyordu, fakat hakikatte gaye ,resmî mahkemelerin elinden hâkimiyeti mümkün olduğu kadar koparıp kendi ellerinde toplamak idi (Anglo -Muhammedan Law. 1894, p. 6) da Wilson'un söylediklerine bakalım:

> "Jüstinyenin en yakin tebasının, onun kanun külliyatından büyük bir istifade temin etmiş olması şüphelidir. Bu eserin en büyük kısmı lâtince idi. Halbuki tebasının büyük kitlesi (çoğunluğu) yunanca ve bir kısmı da süryanice ve arapça konuşuyordu. Kanun külliyatının tertipleri (muhtevası) birçok defalar bizzat kanun vazıı (koyucusu, Jüstinyen) tarafından, saltanatının son otuz senesi boyunca kaprislerle müteaddit defalar bozuldu. Bu devirde imparatorun emirnamelerinin, idarenin büyük merkezlerinden uzaklarda nadiren kendini hissettirdiğini tahmin etmek için başka sebepler de vardır, ve şark vilâyetlerinin uzak mıntakalarında resmî mahkemelere, memleket sakinlerinin daha az müracaatları vardı. onlar daha ziyade çeşitli (hristiyan) mezheplerinin büyük veya küçük rütbeli papaslarına müracaat ediyorlardı. Onların da hukuk bilgileri ikinci hattâ üçüncü elden Roma hukukuna nisbetle diğer unsurlarla (elemanlarla) karışmış daha eski kaynaklardan geliyordu."

Şu neticeye varıyoruz ki İslâm hukukunda farkedilebilen yabancı tesirlerinde Romalıların hissesinin hususi hiç bir

ehemmiyeti yoktur. Belki okadar zengin olan kendi yerli kaynaklarının bu bapta bir bilgi vermemesi yüzünden, İslâm hukukunun istifade ettiği diğer yabancı kaynaklarla aynı eşit duruma giriyor. Bu yabancı kaynaklardan faydalanmaya, yalnız İslâm kanunu ve ahlâkıyla tezad teşkil etmediği hallerde müsaade olunurdu. Bana kalırsa şahsan, Roma hukukunun İslâm hukukuna yardımı, İslâm hukukunun, gelişmesini yabancı kaynaklara borçlu olan kısmının yüzde birini dahi teşkil etmez.

II

BÖLÜM

FIKIH MUAMMASI VE KAYNAKLARININ ESRARI

G. H. Bousquet

Fıkhın kaynaklarının ve inkişafının tarihi en az üç ayrı cepheden tedkik olunabilir:

1) Evvelâ, bilhassa **Usul** risalelerinden ve Arab müelliflerinin verdiği diğer malûmatdan anlaşıldığı şekilde, ya'ni Fıkhın dört kaynağının izahı, o kaynaklardan istifade tarzı, biraz sonra nihaî olmak üzere İctihad kapısının tedrici suretde kapanması ilâh... gibi bu hukukun gelişmesinin resmî tarihi diyebileceğim bir kısmı var... Her şey güzel amma bütün bunların — bahusus, mevzuun avrupalılarca bilâhare tedkikine esas teşkil eden bu kısmıdır — sonradan kaleme alınmış olması ve izah değil de, tarifden ibaret olması gibi mühim bir eksikliği var.

2) Kaynakların avrupalılarca intikadı. Burada iki ismi unutmamalıyız. İcma' kavramının harihülâde ehemmiyetini bize gösteren Snouck - Hurgronje, Tedavülde olan muazzam

Hadis kütlesinden hukuk doktorlarının te'min etdiği istifadeyi ve uydurma Hadislerin (1) bizim için ehemmiyetini gösteren Goldzicher. Her ikisi, bize yeni bir ışık altında Usul teorisini böylelikle sistemin bahis konusu olan faal kuvvetlerini anlamağa imkân verdiler.

Bu mânada olmak şartıyla, ya'ni Fıkhın tarihi yazılı ve aşağı yukarı tamamlanmış olduğu şeklinde, Snouck - Hurgronje, V. de Berg'in (2) eserinin çetin intikadını yazdı.

3) Lâkin üçüncü bir noktai nazara göre bu ifadenin - sistemin doğuşunda ve harikülâde bir suretde hızlı olan gelişmesinde rol oynayan haricî te'sirler bakımından — katiyen nâtamam olduğu anlaşılıyor. Bu sür'at, Peygamber (S.A.) in irtihalinden yüz seneden daha az bir zamanda ikmal olunan Sicilyanın fethi hariç — Arabların askerî fütuhatının sür'atinden biraz yavaş olmakla beraber, yine nazarlara kuvvetle çarpmaktadır.

Tebarüz etdirilmesi icab eden bir şey var ki o da İslâm **Hukuku**'nun en göze çarpan eserlerinin, ya mezheblerin doğuşuna veya ona yakin tarihlere tesadüf etmesi ve Hicretden iki asır geçmeden müslümanların, zamanımızda dahi onlara kıymetçe tekaddüm etmemiş eserlere, sahib olmalarıdır, bâkisi hemen hemen yeni bir tefekkür mahsulü olmakdan uzak, ve-

---

(1) *Godziherin* eski bir nazariyyesine göre (ki şimdi kıymeti kalmamışdır) Hadis kitapları Resul-u Ekremin (S.A.) zamanında söylediği sözlerin sahih tercümanı olmaktan ziyade, o kitabların te'lif edildiği devir müslümanlarının efkâr ve hayalâtıdır, bu Hâdis kitablarının müellifleri bu sözleri mütemadiyen Hz. Peygamber (S.A.) zemanına isnad etdiler. Halbuki değil üçüncü asrın, ikinci asrın hattâ daha evvelki birinci asrın Hâdis kitabları keşfedilmekle bu kötü isnad ve faraziyyenin ipliği pazara çıkarılmış oldu. Çünki vefatı tarihi hicretin 58 inci senesi olan, dolayısıla bu tarihden evvel yazılmış olan Hemmam bin Münebbih'in üstadı Ebu Hüreyre' (R.A.) nin Sahifa'sı elde edilmiş bulunuyor. Bu eserin dördüncü tab'ı 1956 da Haydarabad - Dekkan'da basılmışdır. Naşir mukaddemesinde bu meselelerden tafsilâtıla bahsetmekdedir. (mütercim).

(2) *De Gide*, 1884. *Verspreiden Geschriften*'in aynen tercemesi.

rimli bir tekâmülün tohumlarından mahrum ya tekrar, yahudi abesle iştigal gibi bir tekrardan ibaret kaldılar.

İddiamı isbat için Malikî ve Şerif mesheblerinin temelini teşkil eden birer önerini eserini göstermek kâfidir (*): Mudavvana ve Kitab el Um. Malikî mezhebinin bu Digeste (yani kolleksiyo-nu) nın hakiki müellifi kim olursa olsun esas itibarıyla hiç değilse, 795 de vefat öden Mâlikin müridi İbn el Tâsim'in tedrisatına dayandığı muhakkakdır; mühim bir kısmının, mezhebin müessisinin vefatından soran yazıldığı farz edilse bile, mezheb teessüs etmeden evvel Malikin tilmizi olan (820 de vefat eden) Eş Şafiî'nin Kitab el Um'ünün yine muasırıdır. Bu tarihde, hiç şübhe yok ki Muhammed (S.A.) in irtihalinden hiç değilse iki asırdan daha az bir devre içinde bulunuyoruz.

Halbuki bu iki eseri sadece bir gözden geçiren kimse derhal farkına varır ki:

a) Şekil ve fikir bakımından sonraları tedrisatda veya tatbikatda istifade edilmiş olan te'liflerden pek üstündür. Bu eserlerde öyle muhakemeler, öyle izahlar vardır ki o günden bu güne onlara yeni bir şey ilâve edilmemişdir; bilhassa, diğerleri meyanında, müracaat edilmesi daha kolay olduğu için pek iyi tanıdığım **Mudavvana** bu kabildendir. Ekseriya ne bir **Halil**'in ne bir **Minhâc üt Tâlibîn**'in ne de bir Lubab el Lubab'ın bize eşini gösteremiyeceği, hakikî bir entellektüel istifade arz eder.

b) Temel mahiyetinde olan bu eserlerin müellifleri, hall suretlerinin teferruatında o kadar ileri gitmişlerdir ki, hakikatde insan kendi kendine klasik teoriye göre, müessislerin tilmizlerinin elinde kalan mahdud ictihadın neden ibaret ola-

---

(3) Müellifin hanefî kitablarından haberi olmadığı anlaşılıyor, halbuki hicrî 189, miladî 804 senesinde vefat eden İmam Muhammed Şeybânî'nin, bir ismi *El-Mebsut* olan *Kitab'ül Asl*'ı gerek hacım ve gerekse kıymet bakımından adı geçen her iki kitabdan aşağı olmadığı gibi onlardan da daha eskidir. (mütercim)

cağını soruyor (4). Bu mesele muazzam bir eser olan Kitab el Um için de doğrudur.

Bunlardan şu neticeye varılır ki kaynaklardan, en yüksek noktasına kadar Fıkhın inkişafı sırasında takib edilen yol, şayanı hayret bir süratle kat'edilmişdir. Fakat bu nasıl oldu? İşte burada mesele pek karanlık kalıyor, çünki biraz evvel sözünü etdiğimiz âbidevî eserlerden evvel, zamanımıza kadar gelebilmiş olan pek az mikdarda eser yazılmışdır. Böylelikledir ki, meselâ mezheblerin ilk müessislerinden Ebû Hanîfe'nin eserlerine (5) mâlik değiliz ve diğer tarafdan —sahih olduğunu farz ederek— en eski olarak bildiğimiz Zeyd'in Mecmu'u Peygamber (S.A.) in irtihalinden en aşağı bir asır sonraya tesadüf etmekdedir. Bu bakımdan bizim için dikkate en fazla değer sayılacak eser Mâlik'in **Muvatta**'sıdır ki, Medinenin örf ve âdetine müteallik müşahedelerle Hâdislerin bir karışımı olan bu eser muhakkak ki sahihdir. Kur'anın tedvininden (6), mezheblerin teessüsüne kadar olan zamana —ki bir asırdır— gelince, bu devre aid elimizde hiç bir şey bulunmuyor. (7)

---

(4) Sütverme (emzirme) dolayısıla hasıl olan akrabalığa temas eden bütün münakaşa ve deliller, hunsâalık da dahil olmak üzere daha o zamanda bu kitabda mevcuddu (S: 31-32, V. cild, 1332 baskısı). Bir kitabiyye ile (ehli kitab olan bir kadınla) izdivacın neticeleri de zikre şayandır.(aynı eser, S: 6-8) hakikaten çok şayanı dikkat bir bendinde, kitab ehli olan bu kadını bazı hallerde müslüman kanununun istediği şekilde temizlenmeye mecbur tutmakdadır. *Mudavvana* için de buna benzer misaller vermek mümkündür.

(5) İki büyük tilmizinden Ebu Yusuf'un *Kitab'ül Harac*'ı ve diğerleri meyanında Muhammed Eş-Şeybanî'nin (vefatı 804) *Kitab'ül Asl*'ı vardır. Bu sonuncusunun bir kısmı: (*Mitteilungen des Seminars f. Orient. Sprachen*) de terceme edilmişdir. Bunlar yukarıda saydığımız eserlerin dûnundadır. (Müellifin Haydarabad - Dekkan *Meclisi İhya'ül Mearif'ün Numaniyye*'nin bu babda çok büyük bir ehemmiyet arz eden neşriyatından haberi olmadığı anlaşılıyor. Adı geçen müessesenin himayesinde bu konuda yarım düzüne kitab basdırılmışdır. Bu fransızca makalenin intişarından sonra Kahire Üniversitesi tarafından İmam Muhammedin *Kitab ül Asl*'ının tab'ına başlanmışdır. (mütercim)

(6) Ya'ni Nüzûlünden. (mütercim)

(7) Cabir (R.A.) in *Kitab'ül Haccı*, Haz. Ali (R.A.) nin *Fetavisi*, ibn Abbas ve diğerlerinin fıkha müteallik kitbaları vardır. Bu eserlerin yalnız

Halbu ki 632 tarihinde (Resulü Ekremin irtihali tarihi) Arablar aşağı yukarı yeni müslüman olmuş, bilhassa biraz sonrafethedecekleri memleketlerin ahalisine kıyaslanırsa dinî ve hukukî bakımlardan kültür seviyesi çok aşağıda, tecanüsü az kabilelerin bir araya gelmesinden başka bir şey değildirler; böyle olduğu halde iki asırdan daha bir zaman sonra, o vakitler onları boyunduruğu altında o kadar müşkülatta tutan bu din adına, - takdir edilmemesi mümkün-, fakat bununla beraber bu tefekkürün dikkate şayan bir gayretini temsil eden, Fıkıh denen bu merak çekici insan tefekkürü hazırlandı. Bu nasıl ve hangi te'sirlerin altında, bilhassa Hicretin birinci asrı boyunca nasıl oldu? İşte bizim bilemediğimiz budur; işte Fıkhın kaynaklarının sırrı buradadır. Eğer hiç yokdan böyle bir şey meydana getirilmiş ise bu, İslâm Düşüncesinin kadr ve itibarı hesabına kayd edilmesi lâzım gelen bir şey olur. Halbu ki malûmatımızın bu günki durumunda —mesele bizatihi ne kadar ihtimal dahilinde olsa da— bunun aksini açıkca isbat etmek bir hayli müşkildir.

I

Mevzua girmeden evvel okuyucunun dikkatini diğer bir sır üzerine çekmek isterdim. Buna isterseniz Fıkhın kaynaklarının tarihinde **dahilî** bir sır deyiniz, ve en esrarlısı olan bu noktada, şimdiye kadar ihtimal ki kimse orada bir sır görmeği aklına getirmedi: Bu ehli sünnet fıkhı ile rafızî fıkhı arasındaki ayniyyetdir.

Malûmdur ki şîi fıkhı, ehli sünnet fıkhından birkaç mühim noktadan başka noktalarda fark etmez (verasetin intikali,

---

isimleri kalmışdır. Hicrî 58 senesinden evvelki telif olarak *Sahifai Hemmam bin Münebbih* ve aynı şekilde Hemmamın talebesi Ma'mer bin Raşidin *el Cami*'i vardır. Lâkin bu son sayılan iki eser fıkıhdan ziyade Hadise aiddir. (mütercim)

müt'a nikâhı, anasına nisbetle tabiî çocuğun durumu geriye kalan şîi fıkhından, ehlisünnet usulleri birbirinden ne kadar fark ederse o kadar fark eder.

Bu mesele İbadî ([8]) fıkhı hakkında da fazlasıyla doğrudur. Heyeti umumiyesi itibarıyla bu fıkıh, ehli sünnet fıkhından hemen hemen farksızdır.

Şimdi vaziyyet tasavvur olunsun. Hz. Peygamber (S.A.) in irtihalinden otuz sene sonra, her iki fırka (sünnî, şîi) temamile meydana gelmiş bulunuyor: Kendi aralarında, ehlisünnetle onların arasında, kaatiller, harbler ve katl-i âmmlardan başka bir şey yok. Halbuki kimse Hz. Peygamber (S.A.) in irtihalini ta'kib eden çeyrek asır zarfında fıkhın yazıldığını kabul edemez. Lâkin, o halde nasıl oluyor da Sünnî, Şîi, Havaric, her üçünün fıkıh eserlerinin sırasında (plânında) dahi teferruata varıncaya kadar, meselelerin ele alınışı gibi hukuk hall suretleri de birbirinin aynı oluyor? Bütün bunlar beni hayretlere gark ediyor. Bu, fıkhın dahilî teşekkülünün anlaşılmaz sırrıdır.

II

Te'sirlerden (edebî, ahlâkî, siyasî, dinî, ilah...) bahsedildiği zaman, hiç olmazsa iki şeyi birbirinden ayırmamız lâzım geliyor: Bize kadar naklolunabilen şeyler. Bu ya maddesi, ya ruhu, ekseriya her ikisidir, ve o halde de bizim malik olduğumuz ekseriyya kopye yahud intihaldir. Meselâ ölmez Hermann U. Dorothée, mevzu bakımından, bir kaç satırlık âdi ([9]) bir hi-

---

(8) İbadî. Arab harflerile yazılışı: elif, ba, elif, dad ve ya. Bir Haricî mezhebin fıkhını yazan müellifin ismi. (mütercim)

(9) Göthe'nin bu hikâyesi şöyledir: Felâkete uğramış bir kaç aile kendilerine sığınacak bir yer ararken Herman'ın köyünden geçer. Herman onların arasında Dorothé'yi görerek aşık olur. Hermanın babası zengin bir komşusunun kızını kendisine gelin almak ister, lâkin köyün papasını ve diğer insanları dinledikten sonra Hermanın Dorothé ile izdivacına razı olur. İki sevgili evlendikten sonra mes'ud ve bahtiyar bir hayat sürerler. Alman şairi Göthe 1749 da doğmuş 1832 de ölmüşdür. (mütercim)

kâyeden; Byron'un ([10]) şayanı hayret Cain'i Tekvin bahsinin bir kaç ayetinden çıkmışdır. Fakat esas maddenin uğradığı muamele, her iki halde de bu kaynakdan gelmiyor. Lafontenin ([11]) masallarının, Racinin ([12]) Andromakının maddî kaynakları hakkında da buna müşabih mülâhazalar dermeyan edilebilir. Bunun aksine meselâ romantizm, klasisizm gibi ruhî veya hissî büyük bir cereyandır. Bu cereyanlardan her biri, ele alınan mevzudan müstakil olarak müelliflere te'sirlerini duyurdular: Victor Hugo'nun ([13]) Le Cid ([14]) isimli romantik bir dram yazabileceğini, Racinin de Türk ([15]) hareminin bir menkibesi için yapmış olduğu gibi, klasik bir tarzda ele almak üzere romantik bir dram mevzuu seçebileceğini farz etmek mânasız değildir.

Halbuki hukukda da aynı hâdiseye temamile tesadüf edebiliyoruz. Bu suretledir ki meselâ İngiliz Hindistanında İngiliz hâkimleri (yahud daha enteresanı, İngiliz hukukcularının eko-

(10) Lord Byron, İngiliz şairi, (1788 - 1824). (mütercim)

(11) Lafontaine (Lafonten). Meşhur Fransız edibi. (1621 - 1695). Arabların Kelile ve Dimne, İranlıların Gülistan ve Bostan ölçüsünde ahlâkî hikâyeler yazmışdır. Daha ziyade hayvanları konuşdurur. Kurd, kuzu, tilki karga v.s. üzerine lâtif hikâyeleri bütün dünyaca meşhurdur. (mütercim)

(12) Racine (Rasin). (1639 - 1699) Fransız trajedi şairi. Andromak bir duldur. Kral Pyrrus ona aşık olur, teslim olmazsa oğlunu öldürtmekle tehdid eder. Diğer tarafdan Pyrrus'u seven diğer bir kadın kıskançlık yüzünden kralı öldürtür ve hikâye sona erer. Racine'den evvel bu hikâyeyi Virgile ve Euripide kendi tarzlarında yazmışlardı. (mütercim)

(13) Victor Hugo (Viktor Ügo) (1802 - 1855).

(14) Corneille (Korney) Trajedi şairi. (1606 - 1684). Eski bir İspanyol hikâyesinden bir dram yazmışdır. Sidi Rodrik bir asılzadenin kızına aşıkdır, fakat kızın babası bir meseleden dolayı Rodrikin ihtiyar babasını tokatlar. Bu hakaretin intikamını almak için yapılan düelloda Rodrik sevgilisinin babasını öldürür. Buna rağmen genç kız Rodriki sevmekde devam eder. Rodrik Arablar üzerine büyük bir zafer kazanır ve sevgilisi o zaman babasını öldüren aşıkı ile evlenmeye razı olur. (mütercim).

(15) Muhtemelen Racine'in 1682 de yazdığı «Bayezid» adlı meşhur dram kasdolunuyor Türk Sultanının zevcesi kayın biraderine aşıkdır. Romanın kahramanları kan ve ölümle bu dünyadan giderken hikâye nihayet bulur. (mütercim)

lünde yetişmiş müslüman hâkimler) kazaî ictihad tarzında İslâm hukukunu tatbik ediyorlar: ruh ve madde burada temamiyle farklı kaynaklardan gelmekdedir.

Bu fikri pek basit bir kaç misal ile göstermeğe çalışarak, şimdi kendi kendimize İslâmın fikir ve madde bakımından diğer hukukî veya hukukî — dinî topluluklardan iktibaslar yapıb yapmadığını soracağız.

Bu iktibaslar, bilindiği gibi onlar tarafından zabtedilmiş memleketlerde, Medineden ayrı ve ondan fazla olarak müslüman düşüncesinin mihrakı olmuş merkezlerde kendi dinlerinin ve hukukunun verdiği hal suretlerine ve düşünüş metodlarına vakıf, muayyen bir entellektüel seviyyeyi haiz mühtedilerden başka kimse tarafından yapılamazdı. Bunun içindir ki yapılacak inceleme dört hukuk sistemi grubuna irca' edilebilir (16):

1) Zerdüşt'lerin Hukukî - dinî sistemi,
2) Suriyede ve,
3) Mısırda malûm olan Roma Hukuku ve hıristiyan dinî hukuku,
4) Talmud.

III

1) Burada Zerdüştlerin dininden bahsedecek değiliz. Bu mevzua dair başlıca bir etüd **Goldziher** tarafından yapılmışdır. (R.H.R., 1901, t, 43 s. I) (17). Bundan başka burada bahis konu-

---

(16) *Goldziher* bir tedkikini Budizmin İslâm üzerine tesirine hasretdi. (J.R.A.S.). Bu tesir fıkhı değil tasavvufu alâkadar eder.

(17) O zemandanberi bu meseleye dair bir İtalyanın etüdünün intişar etdiğini biliyoruz, fakat münderecatından malûmatımız yok.
(Müellif bizim araşdırmamıza ne makale sahibinin ne de risalenin ismini bilmediği cevabını verdi. Roma üniversitesinin eski profesörlerinden Prof. Devi della Vida da muhtemelen bu haberin yanlış bir anlayıştan ileri geldiğini bildirdi. Gerçi Prof. A. Pagliaro (Palyaro) Sasanî hukuku üzerine bazı yazılar yazmış ise de onların fıkıh üzerine tesirlerinden hiç bahsedilmemişdir). (mütercim)

su olan bilhassa maddî olan te'sirdir ve Fıkıh bakımından tek bir şeye irca' olunabilir (namazlar için beş rakkamının alınması; misvak; Zerdüştilerin köpeğe atfetdikleri faziletlere karşılık bu hayvanın kıymetden düşürülmesi ilâh...)

Diğer tarafdan: «Zerdüşt din uleması yeni kabul olunan dine ya'ni İslâma ananevî görüşlerini sokdular» ([18]) cümlesini yazdığı zaman, müellifle aynı fikirde olabiliriz, lâkin müellif bu fikrini, heyeti umumiyesile nazar-î itibara alındığı takdirde Fıkhın ruhuna hiç tatbik etmiyor.

Bunun gibi şimdiki malûmatımız da bu mevzuda çok zayıfdır ve ihtimal ki bu, zerdüştiliğin Fıkha getirdiğinin hakikî zaafını izah ediyor. Bundan başka şu da var ki Müslüman istilâsının ([19]) akebinde zerdüştîlerin mukaddes yazılarının büyük bir kısmının kaybolmasından, bu hususda asla tam bir bilgi sahibi olamayacağız: **Zend Avesta**'nın 21 Nask'ından (lâvhasından) yedisi kanunla ilgili sayılırdı; bunlardan bize ancak bir tanesi ve geriye kalanların fragmanları (parçaları) kalmışdır. Mevcud olan Nask (lavha) Vendidad'dır; bilhassa ibadetlere müteallik temizlikden ve diğer bazı hususlardan bahseder, hepsi de ([20]) Fıkıhda hâkim olan dağınıklıkdan daha dağınık bir haldedir. Pek sathî bir intiba ile iktifa edersem, diyebilirim ki, umumî görünüş ve ruh bakımından Fıkıh ile münasebetleri

---

(18) Tabiin devrinde ve sonraki devirlerde yeni müslüman olanların çocukları arasından çokca ulema ve fukahaya tesadüf edildiği doğrudur. İslâm terbiyesi üzerine yetişdirilen bu çocuklar sırf arabca okuyup yazıyorlardı. Lâkin yeni müslüman olanlar arasında fakih, kadı veya kelâmcıların izine ben hiç tesadüf etmedim. Bizim kerem sahibi kendi arzusunu bir vakıa imiş gibi ileri sürüyor. (mütercim)

(19) Galiba Büyük İskender kasdolunuyor; zira müslümanların, İranlıların kitablarını imha etdiklerine dair bir delil yokdur. Hayberin fethinden sonra Cenabı Risâletmeab ganimet olarak ele geçen Tevrat nüshalarını yahudilere iade etdirmişdi. Şu da söylenebilir ki, din ve dine müteallik ma'lûmatı eğer bir avuç kâhin kendi inhisarları altına alır ve halk arasında yayılmasına mani olurlarsa en küçük bir kaza, tesadüfî bir hâdise telâfisi kabil olmayan zararlara sebeb olabilir. Kişinin kendi etdiğine ne ilâç olur? (mütercim)

(20) J. *Darmsteter*'in Zend Avesta tercemesi. Cild II, sahifa 1-304 ve Giriş.

dikkate alınacak kadar çok değildir, kelâmcılar tarafından, ilâhî bir kanun temeli üzerine hazırlanmış uzun, dakik ve teferruatlı bir akâid heyeti mecmuası bahis mevzuu değildir. Zerdüştîlerin buna benzer bir literatürü varmı idi? Bilmiyorum. ([21])

IV

2) Şimdi Roma Hukukunun, Fıkıh üzerine yapdığı bir te'sir gösterilebilir mi? Bu hukukun pek iyi bilinmesi dolayısıyla, onun maddî iştirak hissesini tebarüz edtirmek güç görünmüyor; halbuki şimdiye kadar mütehassıslar tarafından hazırlanmış liste oldukça hayal kırıcıdır. Evet hakikatde bazı benzerlikler gösterilmemiş değildir, ([22]) amma bu bana Fıkhın kaynakları meselesini halletmiş gibi görünmüyor. Bir an için

---

(21) Şübhesiz Sasanî medeni hukukunun tesirinden bahsetmek mümkündür; benim bildiğime göre bu mesele tedkik edilmemişdir.
(Mes'udî Hz. Ömer (R.A.) in Irak ve İrandaki eski arazi vergi nizamını ibka ettiğini tasrih eder. Bu tarzın İslâm hukukuna idhalinden dolayı muhaddisler ve müverrihler, İranda yalnız saltanat emlâkinin, posta ve diğer umumî menfaatlere hâdim emlâkin Hilâfet zemanında merkezî hükûmetin mülkü sayıldığını beyan ederler. Halifeler bunları kendi takdirlerine göre idare ederlerdi. İranda dirhem (gümüş para) eskisi gibi ibka edilmişdi. Buna müteallik bir kısım tafsilât ileride tekrar gelecek). (mütercim)

(22) Malûmdur ki *Carusi* (Karusi)'nin tezi: «İslâm hukuku pek az değişmiş Roma hukukundan başka bir şey değil» dir. Bu ifadeyi o Hughes isminde bir adamın (*La France Judiciaire* 1878 - 79) da intişar eden bir yazısından iktibas etmişdir. *Hughes* o yazısında acınacak bir kabalıkla bu münasebetsizliği yumurtlamışdır.
Carusi'nin ilmî kıymeti *Nallino* tarafından ehemmiyetli ve haklı bir şekilde şübheye düşürülmüşdür. *Santillano* tarafından yapılan mukayeseler bilhassa çok daha makuldür. (*Avant projet du Code Tunisien et des Obligations*) ve Mâlikî hukukunu yazan Halilin şayanı hayret tercemesindeki Roma hukukuna yapılan tefsirsiz ve pek ihtiyatlı havaleler). Bu mevzu' hakkında aşağıdaki eserlere de bakınız: Hubus-vakıflar hakkında. (*Etudes de Droit musulman algerien*). *Schmidt*'ın *Der Islam* 1910 *da: Die Occupatio im Islamischen Recht. Bussi*'nin *Ricerce interno alle realizioni fra retratto bizantino e musulmano. C.R. de Roussier*'nin *Rev.*

kabul edelim ki birbirine benzer kaideler —her iki sistemin heyeti mecmuasına nazaran daima zayıf nisbetlerde— Roma Hukuku kanalıyla Fıkha gelmiş olsun, fakat Fıkıh mevzularının heyeti umumiyesinin, başlıca nazariyelerinin, hiç değilse onun çehresine mümeyiz vasfını veren nazariyelerinin temeli olan büyük bahisleri gelişi güzel sayalım: İzdivac, talâk (boşanma), kölelik, cihad, faiz, baht veya tesadüfe bağlı mukaveleler, veraset sistemi, beyyine, kaza' (hâkimlik). Fıkhın bu esas müesseseleri ile Roma Hukukundaki mütenazırları arasında hiç bir münasebet yokdur.

İşte madde (mevzu) bakımından böyle olduğu gibi, ruh bakımından da fıkhın ruhu, Roma Hukukunun ruhundan ne kadar mümkünse o kadar uzakdır. Fıkhın iki esas mümeyiz vasfı Roma hukukunun ruhuna tamamen aykırıdır:

a) Her şeyden evvel hukuk âlimleri tarafından hazırlandığı şekilde Fıkhın bir teoloji heyet-i mecmuasıdır ki orada hukuk, ahlâk, din, muaşeret kaideleri çözülmez suretde birbirine bağlanmışlardır, bu bakımdan müslüman (hukuk) undan (23) bahsetmek tehlikeli bir suretde yanlış (fakat muhtelif müs-

---

Hist. de Droit, 1934 s. 323 ve devamı *V. Kremer'in* bu gün eskimiş olan *Cultur gesch. des Orients unter den Chalifen* (I. s. 532 ve devamı). Bu eserin meziyeti bir taraftan Fıkhın Talmud ve Roma hukuku ile münasebetleri meselesini görmesinde, diğer taraftan Hanefi vesayetinin Roma hukukundan mülhem oluşu meselesinde ısrar etmesindedir; lâkin müellif maalesef bunlarla meseleyi hal etdiğini tehayyül eder. (II, s. 158 ve devamında mühim bir bend vardır).

(Birinci havale 'referans' yetimin malının 25 yaşından sonra sahibine iadesi lâzım geldiği hakkındadır. İkinci havale *Von Kremer*'indir. Mevali (Arabdan gayrı olanların) nin kadı veya müfti tâyin edildikleri zeman, onların eski kültürlerinden bazı şeyleri fıkha idhal etdikleri hakkındadır, bilhassa yeni müslüman olmuş yahudiler Talmud'dan istifade etmişler imiş. Lâkin *Von Kremer*, yeni müslüman olmuş kimselerin ender olarak dahi kadı veya müfti tâyin edildiğine dair bu iddiasını isbat edecek hiç bir delil ortaya koymamıştır. Yeni müslüman olan kimselerin çocukları İslâm mekteblerinde tahsillerine devam etdiklerinden bu çocuklar da haricî izler az çok kayboluyordu). (mütercim)

(23) Sırf dünyevi ve insan yapısı olan mülkî ve cezaî ahkâm, Allah veya Vahy mefhumlarının hiç bir tesiri olmayan hukuk. (mütercim)

lüman milletlerin müsbet hukukî müesseselerinden bahs etmek doğru) dur, zira Hukukçuların aklında hukuk mefhumu, müslüman topluluğuna hâkim olması icab eden teoloji idealinden vuzuhla ayrılmamışdır. Her amelin, ister ibadete ister hukuka müteallik olsun aynı zamanda bir dinî, bir de ahlâkî vasfı vardır. (24)

Bütün bunlar, Roma Hukukunun ruhu ile keskin bir tezad halindedir (25) ve daha garib olanı Ulbien'in şu meşhur tarifi bu Hukukdan ziyade Fıkha yakışır:

«Hukuk ilmi, ilâhi olanla beşerî olan, doğru olanla doğru olmıyan şeylerin bilgisidir.»

Roma'da bilâkis dünyevî kanunlar (hukukla), dünya ve ahirete şamil dinî kanunun ayrılması çabuk ve kat'î oldu; bu ise insan aklı tarafından tahakkuk etdirilen büyük bir ilerleme oldu (26). Bu ilerlemeyi müslüman hukuk âlimleri asla tahakkuk etdiremediler ve etdiremezlerdi de, çünkü bu onların sistemlerinin ruhuna mugayirdi.

b) Sonra, kaynaklarındanberi dediğimiz gibi Kelâm, en hurda teferruatına kadar mânasız faraziyelerin münakaşası Fıkhın dikkate en fazla değer mümeyiz vasıflarından biridir. Halbuki biz, bunların Roma hukuku metinlerinde, hattâ en yakin devirlerinde bile Bizans kanunlarında (27) bulunduğunu zannetmiyoruz. Hakikatle temas, oralarda daha başka türlü

---

(24) Şunu da hatırlatmak yerinde olur ki fukaha, katil, sirkat, zina, şarab içmek v.s. gibi en azından beş altı cezaî maddeyi terk ederek gayrı mahdud meselelerde takbih veya tecziyeyi imamın (hâkimin) takdirine terk etmişlerdir. Bu siyaseti şeriye ta'dil ve tebdil edilmeye müsaid bir hüviyeti haizdir. (mütercim)

(25) *Ihering'in Esprit du droit romain*'ine bakınız. Fransızca tercemesi I, s. 266-67 ve 351-52.

(26) İnsan aklı tarafından tehakkuk etdirilen bu «ilerleme» ile insanlık fayda mı kazandı, eksiklik mi kazandı, düşünülecek meseledir. (mütercim)

(27) Bundan murad altmış kitabdan ibaret olan Jüstinyen kanunlarının yunancaya ta'dilen tercemesidir. İmparator Basilius (V:886) ve onun oğlu Leon (V:912) zemanında temamlanmışdır. Yalnız bir kısmı bu güne kadar muhafaza edilmişdir. (mütercim)

derin ve kuvvetli olmuşdur. Onların kıymetini devamlı (28) kılan da şübhe yok ki budur (29).

O halde, ruh bakımından Fıkıh, Roma hukukuna bir şey borçlu değildir, gibi bir netice çıkartmak tamamen mümkündür ve esas olan da budur.

O halde maddî iktibasların ehemmiyeti ne olabilir? Büyük Goldziher, maddî tesirle manevî tesir arasında, bizim için o kadar mühim görünen bir ayırma yapmıyor ve şübhesiz Santillana tarafından yapılan benzetmelerin te'siri altında kalarak (İslâm ansiklopedisi, Fıkıh sütunu), sanki fıkhın başlıca kaynağı o imiş gibi şöyle yazmakdan çekinmiyor: «Müslüman hukukunun kaynakları Roma Hukuku ile tükenmiş değildir.»

Bu kadar salâhiyet sahibi bir zatın fikrine aykırı gitmek tehlikelidir. Bununla beraber bu ifade üzerine şu mülâhazaları arz etmeme müsaade edilmesini taleb ederim:

Evvelâ, Goldziher, Zerdüştilik için yapdığı gibi, meseleyi bizzat kendisi tedkik etmedi ve bu tezine kendisi hiç bir delil göstermedi. Sonra bulunan benzetmeler on defa büyük olsalar da Fıkhın bize verdiği hall suretleri içinde çok ehemmiyetsiz bir kısmını teşkil ederler. Bu şartlar içinde niçin, büyük sayıda bir çok hallerde bu benzetmeler tesadüfden mütevellid olmasın? Kaldı ki insan aklının seçeceği hall suretlerinin sayısının mahdud oluşundan, hukuka veya ibadete müteallik sistemlerin de müşabih sureti haller kabul edecek şekilde tesadüfen birleşmiş olmaları da mümkündür (30).

---

(28) Müellif bu hüsnü zannını isbat edecek bir şey vermemişdir. Devamlılığın manâsı sık sık değişmeler midir İmparator Jüstinyenin günlük keyfi değiştirmelerinden kim şikâyetçi değildir? (mütercim)

(29) Ihering'in bir zaaf alâmeti olan istinbatlara ve hakikiyi (yahud şeyi) göz önünde tutmak zaruretine dair mülâhazalarına bakınız (yukarıda adı geçen eser, cild, I s. 42 ve 56-57).

(30) *Goldziher*, zerdüştilik için dinî tesir keyfiyetinin, aksini yapmak suretile vaki' olduğunu zikreder: Mutad olanların zıddı kabul edilir. Böyle bir şeyin vukuu ihtimalini inkâr etmem; şu var ki aynı âdet ve o âdetin zıddı tesirin kâfi bir isbatı gibi kabul edilirse ilk bakışda bu, doğrudan doğruya tesire atfetmek ihtimallerini iki misline çıkarır ki böyle bir şey te-

Halbu ki buna bir çok defalar rastlanabilir. Meselâ işte Santillana'nın (Halilin tercümesinin II, s. 81 ve 716, 718 ve 719 Ss.) aşağıdaki şu pasajı, Roma Hukukunun bazı metinlerine benzetmesi bu kabildendir.» İkrah (yahud tehdid, şiddet) ölüm, dayak ,hapis, bağlanmak veya zincire vurulmak, alâmeleinnas (herkesin önünde) haysiyet sahibi bir adamın ensesine tokat vurulmak, ikraha maruz adamın oğullarına, torunlarına tevcih edilmiş ölüm tehdidi, mala yapılan zarar gibi fenalık korkusundan ibaretdir; lâkin doktrin, zararın ikrah teşkil edecek kadar vahim olup olmamasına temas edilmeden vaz'edilmişdir.»

İtiraf etmek lâzımdır ki ve ben de öyle zannederim ki, ikrahın namütenahi sayıda bir tarifi yokdur, bu temamile alelâde bir şeydir ve zikredilen misaller, enseye tokat vurulmak hariç, herkesin aklına gelebilir. Lâkin bilhassa bu meseleyi (enseye tokatı), Santillana, Roma Hukukuna atfetmiyor.

Müslüman hukuk âlimlerinin bu misalleri Roma Hukukundan kopye etdiklerini farzetsek bile, bundan, Roma Hukukunun Fıkıh üzerine tesir etdiği neticesi neden çıkarılsın?

Hakikati halde, iktibasdan bahsetmek için daha başka şeyleri isbat etmek lâzım ([31]). Meselâ Türk Medenî Kanunu, İs-

---

sadüfe bağlıdır; meğer ki bahis mevzuu olan temamile İslâm hukukuna has ve diğer hukukda mevcud olmayan bir şey olsun. İşte farazî bir misal: Protestanlar gıda bakımından dinî bir kaideye bağlı olmadıkları halde (ki hakikati hal budur), Hz. İsanın öldüğü farz olunan Mukaddes Cuma günü et yemeleri keyfiyetini — farz ediyorum ki — istikbalin âlimleri, protestanların XX. asra borçlu olduklarına dair — hakikatde böyle bir şey yokdur — bir nazariye vazediyorlar. Bu âlimlerin, Mukaddes Cuma günü et yememek âdetini bütün katoliklerin ihtimamla tatbik etdikleri bir kaide olduğunu dikkat nazarına alarak, bundan protestanların — bu mefruz âdetinin — onlara muhalefet olsun diye et yedikleri kaidesini çıkarmaları hemen hemen muhakkakdır. Buna karşılık protestanlarda talâkın hakiki varlığı, Roma katolikliğine asla sistematik bir muhalefetden doğmamışdır. Burada bahis mevzuu olan çok yayılmış beşerî bir müessesedir ve protestan dini tarafından da asla tavsiye edilmemişdir.

(31) Bazı benzerlikler için, Roma hukuku ile her türlü temas imkânından evvel, Roma hukukuna bezeyen kaidelerin İslâmda mevcud olduğu isbat

viçre Medenî Kanununun bir tercümesidir; ancak hakikaten mühim olan hükümler bahis mevzuu olduğu zaman pek nadir olarak ondan inhiraf eder. Burada te'sir, hattâ intihal vardır. Arnavud Kanunu Medenisî, Fransız, İtalyan, bazan da İsviçre yahud Alman Medenî Kanunlarının metinlerinden yapılan iktibasların uc uca eklenmesidir; bu bakımdan istikbalde Avrupa hukukçuları için pek nadir bazı maddeler ve ikâle (istirdadı mebi') müessesi haric, doğrudan doğruya iktibaslar, temamile tercüme edilmiş pasajların mevcud olduğunu isbat etmek mümkün olacakdır; fakat onların arasından bir arabca bilen, bir Mısır talimatnamesini keşfeder ve isbat eder ki Arnavud

---

edilmiş gibidir. *Bergstraesser*'in *Der Islam*' 1915 deki bir misaline bakınız. (Müellif bunun tafsilâtını vermediği için mütercim *Bergstraesser*'in bahis konusu olan misalini almancadan tercüme ederek buraya ilâve etmişdir. Mezkûr risalenin 14 cildinin 76:81 sahifalarında «Hukuk fikrinin başlangıcı ve onların İslâmdaki hususiyetleri» başlıklı bir yazı vardır, bu yazının son kısmı aynen şöyledir: Satın alma: Satışa müteallik bazı muayyen (islâmî) ahkâma muntazam bir şekil vermede bu Roma anlayışına tesadüf ediyoruz. *quae pondere numero mensura constant* (vezin, aded ve ölçüsü bilinen şey.) (Bu kaide aded zikredilmediği takdirde ne işe yarayabilir?). Meşhur tabiinden Said bin el Müseyyib (19-94) —ki Medinenin yedi fakihinden biri idi— bu kelimelere (aded) kelimesi haric, orada da (onun eserinde de) tesadüf ediliyordu. Meselenin bir yüzünde Cahiliyet devrinden kalma kaidelerin islâmlaşdırılmasında vaki' olduğu gibi, İslâm hukuk ilminin (kanunların ve kaidelerin bir sistem halinde) tedvinini müslümanların kendi aralarında bir gayreti saymak varken, o kadar eski bir devirde Roma ilminin izlerinin Medineli mütteki bir şahıs olan Said bin el Müseyyib üzerine tesiri tarih noktai nazarından nasıl makul gösterilir? (mütercimin almancadan tereme etdiği yazı burada bitdi, şimdi yine mütercim bunu açıklamak için ilâve etmek istiyor ki; Said bin el Müseyyib'in yukarıda geçen sözü Efendimiz (S.A.) in bir sözüne istinad ediyordu ki o da Sahih Buharinin 35. kitab, 2. bab ındadır: «Men eslefe fi şeyin fefi keylin malumün ve veznin malumün ila ecelin malumün». «Bir kimse bir şey ikraz edecek olursa ölçüsü vezni ve ödeme müddeti malûm olmalıdır».

Müellif haşiyesinin devamı:

Diğer taraftan meslekdaşım Roussier, *Mugarese* (ağaç dikme) nin, bazı Roma hukuku metinlerinden maruz kalabileceği tesirler hakkında dikkatimi çekdi; halbuki iklim ve ziraat durumlarının benzerliğinin, her iki halde de müşabih hal suretleri kabulüne götürmesi mümkündür.

kanun vazı'ı, o maddeyi arabca metni tercüme etmekden başka bir şey yapmamışdır. Şuf'aya gelince şu neticeye varmak için bütün sebebler mevcuddur (ve hakikatde de durum budur) ki Mısır kanunlarının Arnavud kanunu üzerine te'siri olmuştur; halbuki bildiklerimizin bu günkü durumuna göre, Roma Hukukunun Fıkhın herhangi bir kısmına temas eden böyle bir te'sirini gösterir bu çeşidden bir şey gösterilmiş değildir (32).

Te'sir vaki olduğu yahud iktibas yapıldığı zaman, iktibasın nasıl yapıldığını görmek lâzımdır. Hiç kimse her şeyi kendi aklından yahud hiç yokdan uyduramaz; İslâm hukuk âlimleri de bu kanunun dışında kalmamışlardır; lâkin eğer iktibaslar olmuş ise şu husus bir hakikatdir ve daima da hakikat olarak kalacakdır ki onlar (İslâm hukukçuları) yapılarını hususî bir meharetle yapdılar ve ona karakteristik bir veche verdiler, bu bakımdan Roma Hukukuna bir şey borçlu değildirler, Fıkhın deha'sı ona bir şey borçlu değildir (33).

V

İslâm tarafından fetholunan eyaletlerde mevcut olan şeklile kilise dinî kanunlarının te'siri, Fıkhın hazırlanmasında ken-

---

(32) *Bussi*'nin çalışmaları dolayısıla Şuf'a misalini seçdim. *Roussier'nin* bu çalışmalar hakkında sureti münasebede serd etdiği mülâhazaları, onlarla karşılaşdırın. Bu mülâhazalar benimkilerden çok farklı teknik bir karakterde olmakla beraber esasda birbirimizle mutabık görünüyoruz.

(33) Bu mesele hakkında hüküm vermek için, öyle zannediyorum ki edebî müşabehetleri misal getirmek faideden hâli değildir. Meselâ *Racine*'in *Phèdre*'i *Schiller* tarafından terceme edildi. Bu terceme çok sadıkâne ve pek güzeldir, fakat aslından aşağıdır. Schiller taklid etmekden başka bir şey düşünmedi Racine ise temamile başka bir düşündü. Herkes onun Antiquité'den (çok eski devirlerden) yapdığı iktibasları bilir, amma o kopye etmedi. Son zemanlarda isbat edildi ki (*Revue universelle,* 15 ağustos, 1939 s: 494) onun meşhur «*Ariane ma soeur...*» i *Garnier*'nin *Hippolyte*'inden iktibas edilmişdir, lâkin *Garnier*'nin üç mısraının *Racine* tarafından nasıl ikiye indirildiğini görmek lâzım; bunlar katiyyen aynı şey değildir. İmdi bizim kendi mevzuumuza gelince: 1) Birinci tip hiç bir iktibas mevcud değildir. 2) İkinci tip bir iktibas muhtemelen vardır, yani teferruat meselelerinde. Lâkin bu Roma hukukundan temamile farklı bir sisteme ve fıkhın ruhuna has kaidelere göre yapılmışdır.

disini hissetdirmiş olması mümkündür ([34]), fakat bu mesele, mütahassısları tarafından incelenmemişdir ([35]) ve biz bu mevzuun ehemmiyetine işaret etmekle iktifa etmeğe mecburuz.

Daha umumî bir tarzda şu mülâhazayı serd edelim: Dinî bir hukuk fikri, bizi fıkhın ruhuna yaklaşdıran bir şeydir. Karşılıklı te'sirler pek zayıf kalmış olsalar da bu husus yine işaret edilmeğe değer. Bu suretle Kilisenin hukuku ile İslâmın hukuku arasında yapıdaki bazı benzerliklerin ortaya çıkarılması düşünülebilir, bunun beraber bu dinî kaynağın dışında benzerliklerin uzun zaman devam edeceğini zannetmiyorum. Fıkıh ile Roma kilisesi dinî hukuku arasındaki farklar — ilâve edelim ki — pek büyükdür; bu farklar gösterir ki iki sistemin birbirile mukayese edilebilir tarafları oldukca azdır. Bu farklardan bazılarını gösterelim.

1) Kilisenin dinî hukuku değişmez bir sistem değildir; Kilise bazı noktalarda bu hukukun değişebileceğini temamen kabul etmiş ve (meselâ evlenme mevzuunda olduğu gibi) değişdirmişdir. Halbuki İslâm sisteminde buna benzer hiç bir şey gösterilmez ([36]).

---

(34) Daha sonraları Suriyede Fıkhın kilise din hukukuna müessir olduğunu görüyoruz. Riv. st. or. 1923 s: 512 ve devamı.

(35) Referans tavzih etmeden işaret edeyim ki — zira *Zhisman*'ın yanında vaktile tesadüf etdiğim bir eser bu gün için elimin altında değildir *Byzantinisches Kirchenrecht* — de bir madde uzakdan uzağa hanefî hukukunda cebr ve ikrah kaidesini hatırlatır.

(36) Bu faraziye de isbata muhtacdır. Şüphesiz Kur'an ve Hadisin haram dediği helâl, helâl dediği haram yapılamaz. Amma fukahanın istinbat etdikleri rey ihtilâfına kim vakıf değildir? meselâ karides şafiîler indinde helâl, hanefîler indinde haramdır. Nasıl oluyor da şarab ve karides hanefilerde aynı derecede günah sayılıyor? Kullanılan ziynet eşyasına hanefilerde zekât vermek lâzımdır, şafiilerde değildir. Nasıl oluyor da zekât vermediklerinden dolayı şafiîler mürted ilân edilip onlara harb açılmıyor? Yalnız mübahlarda değil, müstehab ve mekruhlara müteallik «umumel belava» (halk indinde yaygın olan fiiller) eserlerini kim bilmiyor? Hz. Ömer (R.A.) Irak ve İranda oraların erâzi vergi kanunlarını değişdirmeden İslâm devrinde de ibka etmedi mi? Mısır ve Şamda hafifçe ta'dil etmedi mi? Bu muhtelif vilâyetlerin hukukunda vaki olan ihtilâfdan fazla olarak, muahedelerdeki şartlar dolayısıla husule gelen başka istisnalar vaki' olmuyor mu idi? (mütercim)

2) Bu iki hukukun teşekkülüne gelince, Fıkıh ile Kilise dinî hukuku arasında büyük bir tezad vardır. Kilise hukuku, kilise adamlarına münhasır bir hukuk değildir, başka kaynaklar da vardır. Papalığa mahsus talimatnameler bazı mevzularda kat'î bir ehemmiyeti haizdir. Hiç bir fıkıh metni, bunun aksine, herhangi bir makam tarafından neşr ve ilân edilmiş değildir ([37]), yahud Kur'an ve Hâdisden başka metinlere istinad etmiş değildir; hiç bir mülkî veya dinî makam, mezheb müessislerinin kararlarını ibtal etmeği asla düşünmemişdir ([38]). İslâmda, hükümleri (kararları) bir otorite mahiyetini alacak mahkemeler de yokdur.

3) İslâm kanunu, prensip itibarıyla, mü'minin ve müslüman topluluğunun tabiî ihtiyaclarının tatmininden, ibadetden başlayarak, izdivac, satış ve vasiyyetnameler de dahil olmak üzere mukaddes cihadın ve devlet maliyesine kadar her şeyi içine alır.

Kilisenin dinî hukuku böyle değildir. Devlet karşısında Kilise ne kendi mahkemeleri için bir kaza' hakkı inhisarı istedi, ne de kendi kaidelerinin, hıristiyanların veya hıristiyan topluluğunun haytına tamamen tatbikini iddia etdi. İşte Fıkhın esas mevzularından alınmış bir misal: Veraset statüsü. Bir Katoliğin verasetinin (Şark hıristiyanlarının birçoğu için durum böyledir) müslüman hukukunun kaidelerine göre yahud başka bir hukuk kaidesine göre intikal etmesinde Kilise için hiç bir mahzur yokdur. Bundan başka Kilisenin bünyesin-

---

(37) Irakın eski arazi vergi sistemini kabul etmekle Hz. Ömer onu fıkhın bir cüz'ü haline getirmiş oldu. Şurası doğrudur ki bu Kur'an ve Hadisle tezad teşkil etmiyordu, lâkin Kur'an ve Hadisden de istinbat edilmiş değildi. İdarî kanunların çoğu ekseriyetle fukahanın istinbatı değil, halifelerin ve hükümdarların tatbik etdikleri emirleri idi. (mütercim)

(38) Fukaha arasında ihtilâflar az değildir. Bu ise fıkhın (İslâm hukukunun) değişmez bir halde kalmasına mânidir. Bu silsilei muhakemeden (düşünce zincirinden) olmak üzere İslâmın içinde «Hukuk çatışmasına» da işaret edilir. Bundan başka İcma' nekadar az meseleler üzerinedir, sonraki İcma', evvelki İcmaı mensuh kılmıyor mu (hükümden düşürmüyor mu)? (mütercim)

de yemek yemek, dişleri karışdırmak, giyinmek ilâh... gibi hususlara temas eden, dinî bakımdan değişmez kaideler yokdur ([39]).

4) Nihayet, Kilise din hukukunda, ihtimal ki Roma Hukuku te'siri altında ve müslüman hukukundan çok daha fazla bir hukukî saha içindedir: Ahlâkî teoloji bir şeydir. Kilise din hukuku başka bir şeydir. Bir müfti «Hukuk» meselesine olduğu kadar «Ahlâk» meselesine de cevab verecekdir. Halbuki Kilise din hukukunda bir rahibin ne ahlâkî teoloji mütehassısı, ne de vicdan rehberi olmasına ihtiyacı yokdur. Sahaları farklıdır ([40]).

Bütün bu sebeblerden dolayı şu neticeye varabiliriz ki, müslüman ve katolik düşünce sistemleri birbirlerine asla benzememektedirler, birbirlerile kıyaslanamıyacak neticelere varacak şekilde farklı prensiplere göre tekâmül etmişlerdir. İki sistemin ruhu aynı değildir.

VI

Fıkhın kaynağının sıralarını araşdırmak olan mevzuumuzdan ihtimal ki bizi bir hayli uzaklaşmış bulanlar olacakdır. Mesele hiç de öyle değildir, zira Roma hukukunun umumî

---

(39) Akşam yemeklerine ve saraylara mahsus merasim elbiseleri bir tarafa bırakılsa da bizzat kilise mensublarının, papasların, rahiblerin, rahibelerin kiyafetleri hakkındaki hristiyan tahdidleri İslâmdan çok daha fazladır. (mütercim)

(40) Fetva ile takva arasında İslâm fıkhında tefrik yapılır. Fazla olarak şu da söylenebilir ki kilise hukuku karşısında İslâmda fetva sahası daha genişdir. (mütercim)

(40 - a.) Talmud, bilindiği gibi yahudi fıkhının ismidir. Lûgat manâsı, öğrenmek, öğretmekdir. Arabça tilmiz ve telemmüz ve talmud kelimesi aynı şeydir. Bundan murad (Mişna) ve onun şerhi olan (Gumara) (Camra) nın bir araya toplanmışıdır. Mişna'dan murad milâdın ikinci asrı sonlarına doğru Musa aleyhisselâmın Tevratının ve talimlerinin yahudilerce kabul edilmiş ananevî mefhumlarının kolleksiyonudur. Altı babı vardır. (1) Seraim yani namaz ve ibadet, ziraat ve arazi vergisi yâni zekât, (2)

prensipleri ile, hattâ Kilise din hukuku ile fıkhın ruhu arasındaki tehalüf hakkında söylediklerimiz, bizi Talmud'daki ruh ile Fıkıhdaki ruh arasında mevcud olan derin müşabeheti daha iyi anlamağa imkân verecekdir.

Fıkıh eserlerini karışdırmaya alışmış olanlar, Talmud'u (40-a) ve (41) açdıkları zaman, bu iki tip eserin birbirine benzeyişinin derhal farkına varırlar ve hayrete düşerler. İlk bakışda insanın «Bu aynı şey imiş» diyeceği gelir. Bu intıba' yanlış değildir (42). Benden başka insanlar da bu hissi duymuşlardır. Talmud mütercimi Schwab (şvab) (T. IX in mukaddemesi) fransızca tercemesi o sıralarda henüz intişar eden Minhac üt Talibin'i okumuş olduğundan benzerliği hissetdi. Büyük Snouck - Hurgronje'nin fakîhlerden bahsederken onlara (Muhammedî Hahamları) demesi sebebsiz değildir.

Teferruata müteallik noktalardaki müşabehetlerden bahsetmiyeceğiz, Umumî benzeyiş noktaları şunlardır:

a) Her iki halde de, aynı zamanda dini ve hukuku içine alan ve ilgili topluluk için ideal bir hayat kaidesi sağlayan dinî normlardan mürekkeb iki sistem bahis mevzuu olmakdadır.

b) Her iki halde esas aynıdır: İlâhî bir vahy (ilham). Her iki dinde de vazifeleri ve rolü birbirile fazlasıyla kıyaslanabilecek olan yapı, şeriat âlimlerinin gayretile yükseldi; yahudilikde olduğu gibi İslâmda da rahibler yokdur, lâik teşriî otori-

---

Maid yani sebt günü (cumartesi) bayram ve oruç günlerinin ahkâmı, (3) Neşim yani izdivaç kanunu, (4) Neskin yani medeni ve cezaî hukuk, (5) Kadsim, kurban yemek ve içmek hususundaki ahkâm, (6) Tahurut yani dini temizlik ve kirlilik. Bu telifin iki tab'ı vardır: Talmud Yeruşelim, ki takriben milâdın dördüncü asrında yazılmışdır, Talmud Babil ki daha hacimlidir, milâdın beşinci ve altıncı asrında yazılmıştır. (mütercim) (*Brockhaus*'ın Konversationslexikon adlı eserinden).

(41) *Scwab*'ın yapdığı (Paris 1871 ve müteakıb seneler) Kudüs Talmudünün yegâne tercemesinden başka müracaat edilecek terceme yokdur. Onbir cilddir, birincisi Babil Talmudunun *Berakoth* risalesini ihtiva eder.

(42) Meslekdaşım *M. Brunsschig*'in dikkatimi çekdiği bu vakıa (Ahd i Atik) ile Kur'an mukayese edildiği zeman bu intibaın yokluğu nisbetinde şayanı hayretdir.

teler yokdur, temyiz mahkemesi gibi kararları, uyulması mecburî yüksek mahkemeler yokdur.

c) Şeriat âlimlerinin haleti ruhiyeleri daima aynıdır: Vicdan ve kalbe teallûk eden mesail ve müşkilâtı delâil-i nakliye ve akliye ile hall ve fasl ve tesviye etmek arzusu. Bu bakımdan İslâm âlimi, Talmud'u karışdırdığı zaman kendisini tanıdık bir memleketde bulur ([43]). Roma hukukcusunu yahud medenî hukukcuyu isyan etdirecek olan şeyin önünde kendisini temamile rahat hisseder.

---

(43) Talmud'dan temamile gelişi güzel alınmış bir kaç misal: Kadın kusurları arasında (VIII, 100) «kılsız dahi olsa elde ve yüzde çıkan küçük kabarcık» vardır. (Fetve'l Karib'de, bir balık dahi olsa hayvan ile mukarenetin haram olduğu bahis mevzuudur.) Usul aynıdır. «Bir çocuk talâk i'lamını alsa ve onu (zevceye) tevdi etmeden büluğa erse, yahud bu işi tebliğa memur olan kimse dilsiz ve sağır iken söz söyler olsa, yahud kör iken görür olsa, ahmak iken akıllı olsa, yahud dinsiz iken dindar olsa bu hareket fasiddir. Lâkin i'lam (yahud karar) söz söyleyen bir kimse tarafından alınsa o kimse bilâhare dilsiz olsa ve sonra yine dili çözülse, yahud gözü görür bir adam iken kör olsa sonra gözü açılsa, yahud akıllı bir adam iken ahmak olsa sonra yine aklını toplasa muamele sahihdir.» İnsan bu satırları okurken kelimesi kelimesine bir fıkıh risalesi okuduğunu zanneder. (VII, 32). Bunun gibi aşağıdaki fıkralarda: «Eğer zevç talâkı gönderdiğini beyan etdi ise», «bu hastalıkdan ölürse» ve «bir taş yığınının altında kalmış bulunursa yahud zehirli bir yılan tarafından ısırılmış ise (ve bunlar ölümü intaç ederse) talâk kararı hükümsüzdür.» Mademki zevç birinci hastalıkdan ölmedi, lâkin içinde bulunduğu hastalıkdan kalkamayacağı «durum» dan bahsetmiş ise, sonra da bir taş yığınının altında gömülü kalmış ise yahud bir yılan tarafından ısırılmış ise talâk kararı muteberdir. Çünki hastalığı zemanındanberi yatdığı yatakdan kakmadı. (IX, 52). Evinde veya avlusunda bulunan karısına talâk kararını atarak boşama muamelesi ikmal edilir. Lâkin bu kararını erkek kendi evinde veya avlusunda atacak olursa, bir yatakda beraber dahi bulunsa bu fi'l bir ayırılma değildir. Eğer kararı (ilâmı) karısının göğsüne veya dikiş sepetine atarsa talâk hakikidir.» (IX, 58) «Eğer kadın damın tepesine konmuş ise ve zevç de talâk ilâmını kadına doğru atsa, ilâm, kadının bulunduğu havaya (intifaa) kadar yükselip orada durmasa dahi talâk muteberdir. Eğer zevc yukarıda (damda) ve kadın aşağıda ise ve zevc ona ilâmı atsa, ilâm damdan aşağı düşmeğe başladığı andan itibaren talâk muteberdir, velevki bu ilâm sonraları suda silinmiş yahud ateşde yanmış dahi olsa (IX, 62). Bu suretle bütün bir cildi saymaya devam edebilirim. Fakat bu etüd İslâmiyatcılara hitab etdiğinden Fıkıh literatüründeki (eserlerindeki) benzerlikleri saymak faydasızdır.

Roma Hukuku, Kilise din hukukuna nasıl te'sir etmiş ise, aynı şekilde biri diğerine te'sir edebilmiş iki sistem arasında — şimdiye kadar tedkik etdiğimiz hallerde mevcud olmayan — derin ve fikrî bir benzerliği böylece meydana çkarmış bulunuyoruz.

Diğer sistemlerde kaynağını bulamadığımız bu ruh bakımından fıkhın, Talmud'dan pek ilham almış olduğu sonucunu çıkarmamak ve bu sonucu reddetmek güç gibi görünüyor.

Bundan başka fıkıh üzerine Talmud'un, maddî iktibaslara müteallik te'sirleri sarahatle meydana konulmuşdur ([44]).

Diğer tarafdan, bahis mevzuu olan tesirler, yalnız bu halile, hususî hallere göre tedkik edildi; Mitwoch ([45]) ibadete; Vinsinck ([46]) taharete müteallik; Bialobloki ise nikâh ve aileye temas eden hususlar için ([47]) bu tedkikleri yapdılar; Lam-

---

(44) Kur'andan sonraki devrin tesirinden bahsediyorum; belki Kur'anda da bunun izleri görülebilir. Meselâ Kur'andaki meşhur (beyaz iplik ile siyah iplik arasını) ayırd etme, *Berakoth* risalesinde (I. s, 13) okunan şunu hatırlatıyor: «Sabahın Şehéma'sıne vakitden itibaren okunur? Mavi ile beyaz birbirinden ayırd edildiği zeman, yahud *R. Elizer*'e göre mavi ile yeşil (ki bu daha güçdür) ayırdedildiği zeman».

(45) Prusya İlimler Akademisi raporlarından.

(46) *Der İslâm*, 1910 ve müteakib seneler.
İlk zikredilen s. 101:102 muhtasar bir yazıdır, başlığı «Def'i hacete müteallik şer'i hükümlerin me'hazi» dir. Bu yazıda, açık bir yerde veya kırda def'i hacet lâzımgelse kible tarafına yüzün veya arkanın döndürülmemesi tavsiye edilir. Yeroşilem'de yahudilerin buna benzer hükümleri vardır. *Berkot* kitab A/61,, çömelmeden evvel keşfi avret etmemek B/62 de sağ el ile taharetlenmemek için hükümler vardır. Euzü bike minel hubs ve'l habaisü okumak yerine orada meleklerden korunmayı temenni etmek öğretilir.
İkinci referans (mehaz) de *Lezzensky'nin* «Arab devletinde yahudi» Berlin tab'ı 1910, almanca kitabının tenkididir. Bu eserin 286:291 sahifalarında, İslâmın aslında yahudilikden ve hristiyanlıkdan alınmış olduğu ileri sürülür, lâkin bunu isbat edecek bir şey ortaya konmamışdır. (mütercim)

(47) *Materialen zum Islam... Eherecht...* Bu sonuncu eser pek zayıf ve sathidir, ben orada Talmud'a temas eden bir hatâ dahi keşfedebildim. Bundan başka müellif durmadan heyeti mecmuasıla Fıkha, rüsumü mezhebiyeye müteallik hal suretleri atfeder.

mens ([48]) insan resmi yasağı; Vajda ([49]) muhtelif noktai nazarlar için meselenin incelenmesine yardım etdiler.

Bu araşdırmaları genişletmek şübhesiz mümkündür. İşte bu mevzu üzerinde bizzat kendi yapdığım kısa bazı müşahedeler şunlardır ve şübhe yok ki bunları çoğaltmak mümkindür.

1) «Yolu üzerinde bulunan yemeklerin yanından, o yemekleri muhafaza etmek maksadıyla, kenara koymadan geçmek olmaz... II. 160». Bu aynı konudaki bir müslüman âdetini hatırlatıyor ([50]).

2) «Kippur günü, çocuklar oruc tutmağa zorlanmazlar, lâkin evamir-i diniyyeyi yerine getirmeğe alışdırmak için, farz olacağı günün bir veya iki sene evvelinden itibaren, onlara tedricen yol gösterilir (V. 250)». Bu yalnız savm = Oruc hakkındaki müslüman âdetini hatırlatmakla kalmıyor, şeriatin namaza müteallik emirlerini de akla getiriyor.

3) Talmud'da (diğerleri meyanında V. 121) yarı hür yarı köle bir adama işaret mevcuddur; bu, fıkha ve Talmud'a has bir hususiyetdir.

4) Talmud'da (IX. 14 ve devamı) **Khul'** ([51]) ü hatırlatan, (tâviz) karşılığı bir talâk vardır.

5) Bulunmuş eşya teorisinin (IX. 54 ve devamı) müslüman hukukundaki aynı teori ile bir çok benzerlikleri vardır, zarar bahislerinin de aynı şekilde benzerlikleri ihtiva etmesi (X. I ve devamı) muhtemeldir.

---

(48) *Journal Asiatique*, 1915, Eylül - Ekim sayısı.

(49) *Journal Asiatique*, *Der Islam*. *Harowitz*'e göre, Hadis isnadlarının aslının menşei musevilikden gelme imiş; İslâmın da bilmükabele yahudilik üzerine muhtemel bir tesirine dikkat ediniz (s:47).

Bu makalenin başlığı «Rivayet isnadının eskiliği ve aslı» dır. (mütercim)

(50) Âdete teallluk eden hususlarda (X, 99) üstada borç olan hürmetin babaya olandan büyük olduğuna işaret edelim.

(51) Khul' kelimesi Arab harflerile (hı, lam ve ayın — Hul') şeklindedir. Kendisini boşamaya razı olmayan kocasına, kadının bir takım menfeatler göstererek talâkı elde etmesi demektir. (mütercim)

6) Zar oyunu oynayanlar ,faizlc para verenler, güvercin uçurarak bahse girenler, mahkemede ne hâkim ne de şahid olabilirler. Fıkıhda da buna benzer hususlar birer birer sayılır ([52]).

Bununla beraber şunu saklamamak lâzımdır ki bu benzerliklerin bilânçosu — daha da zenginleşdirmek imkânı olduğu farz edilse bile — zayıf kalmakdadır: heyecan verici keşifler beklenmemelidir, çünki metinler her iki tarafda da malûmdur. Bundan fazla olarak Roma Hukuku için serdedilen mülâhazalar, bu mevzuda da söylenebilir: tesadüf ve durumun objektif aynîliği bu benzerlikleri doğurmuş ve o kadar da iktibas mikdarını azaltmağa yardım etmiş olabilir.

Bu, Fıkhın Talmud'dan başka bir şey olmadığına dair ileri sürülen mutalâayı red etmek için temamile menfî, ilk bir sebebdir ([53]). Müsbet olan bir başka sebeb şudur: Bu iki doktrinler mecmuasının arasında pek derin farklar mevcuddur, o halde ki en yeni olanın, en eskinin sade bir nakli gibi telâkki edilmesine hiç imkân yokdur.

Bu farklar üç noktai nazardan mevcuddur — ki biz yalnız saymakla ve bir kaç misal vermekle iktifa edeceğiz — şunlardır:

1) Müesseselerin (yahud aslî kanunların) teşekkülü,

2) Bizzat müesseseler,

3) Bu müesseselerin esbab-ı mucibesi.

1) Her iki halde de kanun (şeriat) âlimlerinin oynadığı rol esaslı olmuş olsa bile bu teşekkülün teorisi birbirine benzememekdedir: — öyle zannediyorum ki — yahudilerde **Usul** teorisini hatırlatan bir şey yokdur, ve herhalde o kadar büyük

---

(52) Bunun gibi, bakımı için bir kadına verilmesi borç olanların sayılış şekli (VIII, 8) bu meselenin fıkıhda ele alınış şeklini hatırlatır. Hattâ üsluba gelince bazı akrabalık derecelerini sıralama (meselâ VII s. I) temamile fıkıhda olduğu gibi beyan olunmuşdur.

(53) Bu hemen hemen *Deutsh* isminde birisinin söyleyip *Hughes*'in *Dictionary of Islâm* (İslâm kamusu) nda Talmud kelimesinde tekrar etdiği aynı şeydir.

olan Hâdisin rolünü hatırlatacak hiç bir şey yokdur. Müslümanlar Fıkhı dört kaynakdan aldıkları halde, yahudiler iki kaynakdan başkasını bilmiyorlar: Suhufu Mukaddese ve papazların çalışmaları, bu kaynaklardan, İslâm sistemine has olan teori şekline koymalar, bahis mevzuu olmadı.

Diğer tarafdan fıkhın bir üstünlüğü ([54]) — eğer Usul'ün mevcudiyeti, onlardan birisi ise — teşekkülündeki harikülâde süratden ileri gelmekdedir. Yukarıda işaret etdiğimiz gibi, Fıkıh Hz. Muhammed (S.A.) in irtihalinden hemen hemen bir buçuk, nihayet iki asır içinde teşekkül etmişdir, halbuki Talmud, Süleyman Mabedinin tahribinden ancak dört asır sonra ikmal edilmişdir ve yazılı en eski kaynakları bu tarihden (Mabedin tahribi tarihinden) daha bir kaç asır evveline aiddir.

2) Fıkhın Talmud'dan yapdığı iktibaslarla mesele izah ediliyor, demekle bu vakıalara cevab verilmiş olmaz, **çünki Fıkhın, bilhassa karakteristik hiç bir müessesesi Talmud'da yokdur. Müslümanlar, bütün müesseselerini bizzat kendileri hazırlamağa mecbur oldular. Fıkhın içinde, şurada burada daha eski filân veya filân kanundan yapılmış cüz'î iktibaslar bulunsa bile, bunlar Fıkha, kendine has çehresini asla veremezler,** bu şayanı dikkat istiklâli belirtmek lâzımdır.

Meselâ ben, Yahudi ibadet usullerinden İslâmın kopye etdiği bir şeyi göremiyorum, Ramazan orucu ile, musevîlerin Yomm Kippur'u arasındaki farkları pek alâ görüyorum; bunlar birbirlerine hiç benzemiyorlar ([54-a]). Hukuk sahasında da bu böyledir: veraset sistemi temamile farklıdır. İzdivac, her iki sistemin aslî kanunlarında, diğer başka kanunlardan daha dar bir müşabehet arz etmemekdedir. Talmud için o kadar ka-

---

(54) Dünyada her kavmin kendine göre kanunları, hükümleri vardır. Lâkin bu kanunlardan ayrı olarak mücerred hukuk ilmine müslümanlardan evvel hiç bir kavim dikkat ve ehemmiyet atfetmedi, ne Yunanlılar, ne Romalılar, ne Çinliler, ne Mısırlılar ne Babilliler ne de Hindliler. (mütercim)

(54 - a.) Bunun gibi fıkıhda ne ma'bede nezir nazariyesine ne de kâhine nezir nazariyesine benzeyen hiç bir şey yokdur, bunlara talmud'da her an rastlanır.

rakteristik olan **Levirat** ([55]) ve ondan istinbat edilen Halitza ([55]) İslâm hukukunda yokdur; musevîlikdeki talâk nazariyesi, müslümanlarca meçhuldür; buna karşılık onlara (müslümanlara) hâs boşama sistemi Talmud'a bir şey borçlu değildir; bu, yalnız müslümanlara ve Arablara hâs bir müessesedir. İzdivacın tekevvününe (nikâhdan sonra mukarenete) bağlanan hukukî ehemmiyet, İslâmda bu müesseseyi karakterize eder; yahudilerde buna benzer bir şey yokdur. Bunun gibi müslüman âlimlerin aklına o kadar sık sık gelen ve aynı zamanda aile hukukuna, ceza hukukuna ve ahlâka temas eden zina suçu fıkha bariz cinsî bir renk verir, bu ise talmudcular indinde bilinmeyen bir şeydir. Bu bahsi bu minval üzere uzatabiliriz, fakat faydasızdır.

Böylece görülüyor ki, müellifler tarafından kaydedilen, meydana çıkarılan iktibaslar yalnız zayıf bir sayıda olmakla kalmıyor, müesseselerin de birbirlerine benzemediklerini isbat etmekde bir güçlük çekilmiyor.

3) Şekle aid sonuncu bir fark, Talmudun Fıkıh üzerine ancak uzakdan uzağa tesiri olduğunu isbat edecekdir: her iki doktrin heyeti mecmuasının ortaya çıkış tarzları aynı değildir ve burada da üstünlük en fazla süratle tekâmül etmiş olana aid bulunuyor.

Şübhe yok ki ekseriya, fıkıh eserlerinde hükümran olan perişanlık dolayısıyla bir çok defalar şikâyet etdim, amma bununla beraber **Mudavvana, Kitab el Um** ([56]) gibi fıkhın mebadisi sayılan eserlerden biri ele alınır ve Talmudla mukayese edilirse, birincilerin vuzuhundan ve (nisbî) intizamından hayrete düşmemek kaabil olmaz. Aralarındaki fark mutlaka göze

---

(55) Tevrat, Kitabı Tesniye (26:10 - 26):
«Eğer kayın birader büyük kardeşinin dul zevcesini nikâh etmeği red ederse o zaman dul kadın pabucunu çıkarsın, ve hürmetsizliğinden dolayı kayın biraderinin yüzüne tükürsün.» (mütercim)

(56) Lâkin İmam Ebu Yusufün Kitab'ül Harac'ı müstesnadır. Muvatta da oldukça iyi sıralanmışdır.

çarpar ve zannederim ki fıkhın en intizamsız eseri bu bakımdan Talmuddan yine üstündür.

Bu, M. Brunschwig'in bana pek haklı olarak gösterdiği gibi fıkıhda kabul edilmiş hall sureti veya suretleri verildiği halde ötekinde bize yalnız münakaşanın muhtelif safhalarını göstermesinden ileri gelmiyor, bu şuradan da ileri geliyor ki, bu doktrin mecmualarının birinde de ötekinde de onları birbirine benzeten bir hukuk, ahlâk ve din halitası bulduğumuz halde yahudi doktrin mecmuası, folklor, gelenekler, çeşidli görüşlerin ve küçük masalların bir karışımı olan Haggada'yı da ihtiva eder ki, Fıkıh kitablarında bunların zerresine tesadüf edilmiyor ([57]). Fakat bu şunu da isbat eder ki birini diğerinin basit bir temâdisi gibi nazarı dikkate almak imkânı yokdur ve fazla olarak aradaki fark, modern Avrupa görüşü itibarile birinin ötekine üstünlüğünü icab etdirir.

VII

Şimdi bize bir neticeye varmak kalıyor.

Roma, Kilise din, Zerdüştî hukukunun te'sirleri bahis mevzuu olduğu zaman mesele kolaydır ve prensip itibarıyla diyebilirim ki bu doktrin heyeti mecmuaları asla mevcud olmasay-

---

(57) İşte gelişi güzel alınmış bir kaç misal (V. 253). Köpekde kuduz a'râzı üzerine mübaheseler; (VII, 174) Hapishanede bulunan meslekdaşıla istişare etmek üzere seyyar satıcı şekline giren hahamın hikâyesi; (V. 276). Tecavüze uğrayan bir kadının sözü; (XI, 182) Romanın başlangıcının son derece hayalî hikâyesi...v.s. v.s...

Arz ve takdimdeki intizamsızlığa gelince, tercеme eden bizzat önsözlerinde, risalelerin (bahislerin) birbirini takib edişindeki mantık yokluğunu kaydeder, onlardan misal getirmek bana lüzumsuz gibi göründü; Michna (Mişna) (yani din Hukuk doktorları tarafından şerhedilen) metinde bile bu hal inanılmayacak kadardır; şu misal bir fikir vermeye kâfi gelir: (VIII, 282) talâk (boşanma) bahsinin hemen arkasından ya hahama ya kâhine para ikrazı bahsine geçilir.

dı, fıkıh, madde ve muhteva itibarıyla bugün ne ise yine o olurdu.

Mesele Talmuda gelince, çok daha güçdür ve bazı noktaî nazarlardan insan Lammens'e, meselâ Medine yahudileri dolayısile yazdığı şu satırlara hak vereceği gelir: ([58]): «Bu bedbahtlardan mühim bir kısmının, müslümanların safına geçdiğine inanıyoruz, bu mürtetler ve onların ahfadı, Talmud ilhamlarının gayrı kaabili inkâr ([59]) göründüğü İslâm hukukunun hazırlanmasında başlıca âmil oldular.». Ma'mafih meselenin tavzihi tecrübe edildiği zaman muvaffakiyetsizlik göründü ve her şey umumî intıba'lara münhasır kaldı. Zira bu sızmayı isbat edecek tarihî vesikalar eksik olmakla kalmıyor, birinden diğerine yapılan maddî nakiller dediğimiz gibi zayıf hattâ pek zayıf kalıyor. Bana kalırsa sır devam ediyor. Biz durmadan iki anlayış arasında bocalamakdayız; birisi Goethe'nin Prométhée'sinin şu mısra'ları ile ifade olunabilir:

Hast du nicht alles selbst vollendet
Du heilige glühende Herz? ([60])

Böyle bir fikir, her ne kadar aksini isbat edecek hiç bir delilimiz olmasa da sosyoloji bakımından asla doğru olamaz, diğer tarafdan pek aşikârdır ki Fıkıh, Faust'un aksine Talmud'un dediğini demekle iktifa etmez, «Nur mit ein bischen Anderen Worten» ([61]) — Marguerite'in hatırı kalmasın — âşı-

---

(58) Lemmens'in *Journal Asiatique*'deki makalesi, Paris, 1915, 275 - 276.

(59) Bu iddia hilâfı hakikatdir. Yeni müslüman olmuş yahudilerin sayısı, bilhassa Medinede çok azdır ve sonra Abdullah bin Selâm,, Kâ'b 'ül Ahbar ve diğerlerinin eserleri tefsir üzerinedir, fıkıh üzerine değildir. Kalbî temennilerin tarihî vak'alar yerine konulması hakikatleri değişdiremez. (mütercim)

(60) Almanca cümlenin mânası: «Sen herşeyi temamlamadın mı ey sevgili nâzik gönül». Yâni müslümanlar herşeyi kendi başlarına tamamladılar demek isteniyor. (mütercim)

(61) Almanca ibarenin tercemesi: «yalnız biraz başka kelimelerle»

kının dediği de papasının dediğinden başka bir şey değildir ([62]).

Bu sebeblerden dolayı kendimi müşkil mevkide hissederim ve ekseriyya kendi kendime sorarım: acaba fıkhı, özü ve mahiyyeti itibarı ile bir müslüman malı gibi görmek, onu Kur'andan ve eski Arab müesseselerinden başka İslâmın hemen müstakil bir buluşu gibi kabul etmek, dışarıdan bir şey almamış yahud aldığı pek cüzi kalmış, buna mukabil her halde ilk İslâm mütefekkirleri tarafından işlenmiş bir ilim saymak doğru olmaz mı? ([63]). Bu bakımdan fıkıh, İslâmın bir zübdesi ve hiç yokdan bulunup ortaya konması da kendi nevine hâs harikülâde bir hâdise gibi görünüyor.

Bu cümleler, mütehassısların, kendi etüdlerinin kıymetini i'zam etmeğe sevkeden hislere atfedilmemelidir. Buradaki durum bu değildir. Evvelâ ben bunları birer faraziyye olarak ileri sürüyorum ([64]); sonra fıkıh ihtisasından daha yoksul bir ihtisas bilmiyorum, ve nihayet İslâmın teşekkülünde (Hz. Muhammed S.A. devrinde) yahudiliğin büyük te'sirini görüyorum ([65]), heyeti mecmuası itibariyle mütekâmil islâmiyetle yahudilik arasındaki benzerlikler, her bakımdan hristiyanlığa nazaran dikkati daha fazla çekicidir; hattâ bazı hususlarda İslâmiyeti, cihanşümul temayüllü bir musevilik diye tarif mümkündür.

---

(62) Göte'nin meşhur eseri. Eserin kahramanı Faust, gençlik ve zevki sefa karşılığı ruhunu şeytana satar. (mütercim)

(63) Nallino tarafından serd edilen en yüksek mülâhazaları bununla mükayese edin. (*Raccolta di Scritti*) ve bahusus bana öyle geliyor ki onun ve benim bu araşdırmalarımız birbirini itmam ediyor. [Bu haşiyede ismi geçen Nallino'nun etüdü, Sebilürreşadın 259, 260, 261, 262, 263. sayılarında intişar etmişdir. (mütercim)].

(64) Evvelemirde şu hatırda tutulmalıdır ki Fıkıh ile Talmud arasında çok daha sıkı bir yakınlık tesis etmek isterdim, sükûtu hayâle uğrayışım, sözlerimin kıymetinin bir isbatıdır.

(65) Müellif bu inanca ne gibi sebeblerle vasıl olduğunu beyan etmiyor, şayed «*Jewish Foundations of Islam*» (İslâmın yahudi temelleri) adlı kitabına işaret etmek istiyorsa o kitabda fazlasıla mübalâğalı ve insanı güldürecek iddialar eksik değildir. (mütercim)

Lâkin bunu dedikden sonra, Arabların ve Yahudilerin etnografik benzerliklerinden bir şeyler çıkarmak mümkün olmazsa — ben kendi hesabıma sosyolojide, ırkların biyolojik tesirlerine inanmıyorum, hattâ hiç inanmıyorum — geriye şu kalıyor: bir buçuk asırdan biraz fazla bir zaman içinde müslümanlar münhasıran Kur'andan ve İslâmdan evvelki müesseselerden muazzam bir doktrin mecmuası meydana getirdiler. Buna ruh bakımından tek başına Talmud tesir etmiş olabilir, lâkin fukahanın çalışmaları kendilerine has bir karakteri haizdir ve her şey nazarı itibara alınınca bana mesailerinin neticesi, yahudi hahamlarına çok üstün görünüyor. velhasıl fıkıh İslâmın hemen hemen müstakil bir buluşu gibi görünüyor.

III
BÖLÜM

ROMA HUKUKUNUN İSLÂM HUKUKUNA TESİRİ OLDU MU?

Prof. C. A. Nallino

Profesör C.A. Nallino'nın ölümünden sonra neşrolunan «Raccolta di Scritti editi e inediti» adlı eserinin (Roma 1942) IV. cildinin 85 - 94. sahifalarında «Considerazioni sui rapporti fra diritto romano e dritto musulmano» başlıklı makalesi; bu eserin neşir hakkını müştereken elinde tutan matmazel Marial Nallino ile l'Istituto per l'Oriente'nin lutufkâr müsaadeleriyle M. Hamidullah bey tarafından fransızcaya tercüme edilmiştir.

Bu makale kendi görüşüme göre haddı zatında tarihi mahiyetde umumi mülâhazalardan başka bir şey değildir. Bu nevi görüşlerin hukuk müntesibi olmayan (benim gibi) bir kimse tarafından böyle birçok ve meşhur hukukşinaslardan mürekkep bir heyet huzurunda arz ve izahı hoş görülmelidir.

Eğer yanılmıyorsam; İslâm hukukunun Roma hukukundan çıkdığını (iştikak etdiğini) ilk iddia eden ("Manuale di diritto publico e privato ottamano" İskenderiyye 1865) adlı eseriyle, Dominico Gatteschi olmuşdur. İskenderiyye muhtelif İstinaf mahkemesinde avukat ve Mısır Enstitüsü âzasından

olan bu zat ne Arabca ne de Türkçe biliyordu. Fakat Mısıra ve Osmanlı İmparatorluğuna taalluk eden hukuki ve adli meseleler için büyük alâka duyduğundan bu mevzular üzerine kıymetden mahrum olmayan eserler yazmışdır. Evvel emirde kabil-i münakaşa olan tarihi sebeblerden, Justinien ve İslâm her iki hukukun birçok benzer taraflarından hareket ederek Roma (normlarının) ahkâmının (Hazreti) Muhammede atfolunan uydurma hadisler şeklinde İslâmiyete girişinin kolaylaştırılmış olduğunu farzeder.

O zamandan beri bu iddia (İslâm Hukukunun Roma Hukukundan çıkdığı iddiası) ya açıkdan açığa yahut çok muhtemel bir keyfiyet imiş gibi nâmütenahi ince farklarla:

Şarkıyat ile ilgisi olmıyan hukukşinaslar tarafından, (içlerinden bazıları Henri Hugues. 1880 "İslâm hukuku aslında pek az tadile uğramış Roma hukuku'dur" dediler,)

Yahut da, islâmi mevzuların pek cüzi hukuk bilgisile mücehhez mütehassısları tarafından desteklenmiş bulunuyor.

Lâkin hakikatde kimse dâvayı muazzam griftliğiyle nazarı itibara almamıştır. İslâmi tedkikler yapanlar, Roma hukukundan çıktı (iştikak) iddiasında bulunanlar ya, derin bir tedkikden ziyade bir hesabı ihtimali semeresi olan umumi ifadelerle, yahut da pek hususi noktalar araştırmak veya bazı defalar — derin tesir uyandıran fakat dâvayı isbat etmeyen — İslâm hukukuna has hükümlerle Roma hukukuna has hükümler arasındaki (şüphesiz mesele için kıymetli malzemeler arzeden fakat onu halletmekten çok uzak bulunan) müvazileri bir araya getirmekle iktifa ettiler.

Muhalif kutupda bazı asri müslümanlar vardır ki onlar da; İranlı bahai Abu'l-Fadl el-Curfadkaniy'nin bir yazısı üzerine (bu yazı 1911 de yazılmış ve Abd'el-calil Sa'd tarafından arap diline Mukaddimat al-Kavanin de tercüme edilmiştir.) Avrupalıların Roma hukuku diye iddia ettiklerinin İslâm hukukundan çıkdığını iddia ederler.

MODERN İSLÂMİYATCILAR

İslâmın modern tedkikcilerinin kampında temayül şüpheciliğe meyyal gibi görünüyor. Lâkin bunlar da umumi intiba'lardır.

Şimdi hem kendimin, Roma hukukunun derin bir suretde — en geniş mânasıyla alınmak üzere — İslâm hukuku üzerine tesiri hakkındaki şüphelerimin sebeblerini nakletmek ve hem de bu her iki hukuk arasında münasebetlere taalluk eden mütalâalarını bildirmiş olanlar tarafından ya temamiyle ihmal edilmişe ve yahut da çok kifayetsiz bir suretde nazarı itibara alınmışa benzeyen bazı noktaları işaret etmek istiyorum.

1. Bahis konusu olan davâ dolayısıyla, bilhassa (İslâm hukuku) ile ne kasdedildiğini işaret etmenin unutulmuş olmasından vahim bir iltibas doğuyor. Bu İslâm hukuku ifadesi, Avrupalılar indinde muhtelif manâlara delâlet ediyor. Ekseriya Avrupa dillerinde ve sistemlerinde buna tekabül eden bir tâbir olmayışından Müslümanların; bir müminin Allah ile, kendisi ile, başkası ile olan harici faaliyetlerini düzenleyen dini kanunun (şeriatın) bir kısmı olarak **Fıkh** tesmiye ettiklerini tercüme etmekle iktifa edilir, ederler. Bu eğer bir cihetten bir çok şeylere şâmil bulunuyorsa diğer cihetten garbi anlamında «Hukuk» dan daha çok az şeyleri tazammun eder, ediyor: İbadete müteallik ameller ki onun içinde bizim umumi hukuka ait olması icabeden hükümleri buluyoruz: harac sisteminin bazı kısımları maden ocakları ve maden cevherleri rejimleri, aile hukuku, eşhas hukuku, miras hukuku, mülkiyet hukuku (vakıf dahil), adli ve cezai hukuk, harp hukuku ve bundan maada böyle mevzular ki bir garplıya göre dinî merasim gibi gelir: yeminler, nezirler, alelâde mezbaha, kurbanlık hayvanların boğazlanması, mubah ve haram yiyecek ve içecekler, avcılığın, balıkçılığın dinî usulleri, caiz veya memnu giyecekler. Buna karşılık mukaddes metinlerde (yani Kuran ve Sünnet) tarafından verilen (elemanlarla) her türlü münasebetten mahrum olduğundan hususî hukukun bazı kısım-

ları gibi umumi hukukun mühim kısımları, meselâ: devlet ve reisinin doktrinleri, idare hukukunun bir çok kısımları, **(Es Siyase, Es Şeria)** denilen, şeriatin aksini iltizam etmediği amme menfaatinin düzenlenmesi gibi, bazı şeyler, fıkıhdan hariç bırakılmışdır.

Lâkin bazı defalar İslâm hukuku bizim (garblı) alimlerimiz tarafından: Garb anlayışına göre hakikaten hukukî olan fıkıh kısımlarının keyfi bir hülâsası imiş gibi, ister müslümanlar için **(Es Siyase, Es Şeria)** olarak bilhassa umumi hukuktan bahisleri; ister meselâ daha sonraki devirlerde Ak Deniz kıyısı müslüman memleketlerinde Vakfın ve **İkta'ın** (66) büyük çapda gelişmesiyle ilgili olarak, uzun vadeli (emphytéotique) akitler gibi yalnız çok sonraki devirlerde meşru tanılarak fıkha ilâve edilmiş (daha geç bir devirde müsamaha edilmiş) olanları da ilâve suretiyle, fıkıhdan oldukça farklı olarak anlaşılmıştır.

Bir başka defa meselâ, bahusus müstemleke muhitinde her hangi bir bölgenin müslümanları indinde cari olan hukukun, İslâmla hiç bir vecihle irtibatı olmayan sadece mahallî teamül hukuku olduğu halde, bilfiil istimalden sakıt olmamış fıkhın aksamından imiş gibi İslâm hukuku olarak iddia edildiği görülür.

ROMA HUKUKU İLE MÜNASEBETLER

Herkes, İslâm hukukunun yukarıda zikredilen üç kabulden şu veya bu istikamette ele alınmasına göre Roma hukuku ile olan münasebetleri dâvasının nasıl farklı olarak ortaya çıktığını görüyor.

Nihayet, yukarıda zikredilen münasebetlere müteallik mütalâalarını beyan edenlerin bir çokları indinde, onların; İslâm hukuku ile Roma hukuku arasında yalnız mevzu hükümler

---

(66) Bir hizmete mükâfat olarak ve mukabilinde askerî bir hizmet beklenmiyerek eşhasa verilen vergiden muaf arazi.

hususunda mı, yahut bir hukuk ilmi olarak mı — filhakika bazı mütalâalara göre öyledir — yahut da laakal hukuk kitaplarındaki malzemenin tasnifine göre mi bir bağımlılığı müdafaa ettikleri vazıh değildir.

2. Her türlü münakaşadan evvel İslâmdan evvel Arap hukukunun — yahut Arapların hukuklarının — ne durumda olduğunu tâyin ve tavzih etmek mutlak lâzımdır. Eğer bu esasa taalluk eden araştırma şimdiye kadar en büyük kısmıyla bizde eksik kalmış ise, sebebi, bunun lüzumunun; aile, miras, ceza ve adalet hukuku haricinde İslâm hukukunu (hazreti) Muhammedden sonraki devirlerde Arap olmayan milletlerin süratle itaata alınması ve müslüman olmaları neticesi ecnebi hukuku ile doldurulmuş boş bir meydana benzetenler tarafından temamiyle ihmal edilmesidir.

Mamafih İslâmdan evvel Araplarda gelişmiş bir hukukun mevcut oluşu şüpheden varestedir. Yalnız güney-batı Arabistandan, Romanın tesisinden evvelki bir çağa çıkan, monarşik tipde kuvvetli kurulmuş devlet organlarıyla mücehhez olan, mukavelelerin; taş veya bronz üzerine yazılmış yazılar vasıtasıyla ilân edilmesini bilen, yazılı ve muazzam kavanini mevzuası olan, çok eski bir medeniyetin merkezinden bahsetmeyelim. Filhakika 1927 de neşredilen bir kitabe (takriben 280 M.) hayvanların ve kölelerin mübayaasında İkâle (récession... fesih) hakkının hudud ve hükümlerini tâyin eden Saba ve Zu Raydan kıralı Chamir Yuhariş'in bir emirnamesini ihtiva ediyordu. Milâdın altıncı yüz yılına doğru İslâmın doğuşu sıralarında Hicazın göçebe olmayan halkından bahsedelim. Daha o zamanlar asırlardanberi mülkiyet hukukunun şayanı dikkat bir surette gelişmemiş olmasına imkân yoktu. Yalnız beynelmilel mahiyette kervan ve ticaret muamelelerini, büyük ölçüde erzak tedariki servislerine malik Mekke Kureyşlerini, Kâbenin senelik ziyaretiyle ilgili zabıta (muhafız - refakat) teşkilâtını Medine, Tebük, Tayma, Al Yamame vesair vadileriyle zirai mukaveleleri düşünmek kâfidir. Açık bir keyfiyettir ki

büyük bir kısmın, hiç olmazsa mülkiyet hukukunun tohumları (Hazreti) Muhammedden evvel bu halk içinde mevcut olması gerekirdi.

Şüphesiz Roma tesirinin Filistin ve Suriye ile temas neticesi sızması akla gelebilir, fakat böyle bir halde bilhassa sızmalar İslâm hukukuna Arapların kendi yarımadaları haricindeki futuhatından itibaren değil de İslâmdan evvelki Arap hukuku yolu ile girmiş olabilirdi. Bundan maada bütün bunlar bugün bilinen olaylarda temelden mahrum olarak sırf faraziyat sahasında kalmakdadır ve hatta bu aynı olaylardan doğan müşküllere çarpmakdadır: Burada Theodoret'nin en fazla bilinen bir şehadetini zikretmekle iktifa edeceğim. Beşinci Milât asrının ilk yarısında Roma imparatorluğunun en uzak sınırlarında kendilerine Roma hukuku tatbik edilmiyen Romaya tabi milletler vardı. Theodoret diğerleri meyanında «müteaddit Arap kabilelerinden» bahseder.

İSLÂMDAN EVVELKİ DEVİRDE MÜLKİYET HUKUKU

Şimdi şu mesele kalıyor: Acaba (Hazreti) Muhammedin hayatı boyunca İslâmın doğup inkişaf ettiği topraklarda İslâmdan evvelki mülkiyet hukuku — şüphesiz kısmen — vücuda getirmek (tâyin etmek) mümkün müdür? Öyle bir mesele ki eski Arap şiiri, İslâmdan evvelki ve hicretin birinci asrındaki Arap hikâyeleri tarafından verilen malzeme ile iktifa edecek ve Hadisler tarafından sağlanan malûmatı bir tarafa bırakacak olursak hemen hemen temamiyle menfi bir istikametde halledilecekdir. Modern müsteşriklerin bu bilgi kaynakları (hadisler) hakkındaki itimatsızlıkları çok büyükdür. Bu itimatsızlık ilâhiyata, siyasete, ahlâka vesaireye ait bahisler dolayısiyle haklı görülebilirdi. Lâkin bana öyle geliyor ki asıl mânasıyle hukuk sahasında keyfiyet farklı oluyordu. Hukukî muhtevalı Hadis adedi yukarda zikri geçen sahalardakiler gibi binlerle değildir, bilâkis mahdutdur ve içlerinde diğer konular için Snock-Hurgronje tarafından ortaya konan, bir ha-

disin ak dediğine diğer bir hadisin kara dediği ve nihayet üçüncü bir hadisin fark edilmesi hemen hemen imkânsız cüzi farklarla ve ortalama bir ifadeyle evvelki iki hadisi birbirine uygun hale getirmesi gibi garabetlere tesadüf olunmaz. Hukukî sahada muhtelif mezhepler, münakaşa edilen meselede ekseriyetle birbirleriyle farklı hadislerle değil, lâkin en fazla aynı hadisin muhtelif şekillerde tefsiri esasında mücadele ederler. **Hıyar el-meclis** (yani bir alım satım mukavelesini taraflar birbirlerinden ayrılmadan evvel feshetmek salâhiyeti) şafiiler, hambeliler ve isnaaşeriye şiası tarafından kabul edildiği halde malikiler ve hanefiler tarafından aynı metnin başka türlü tefsiri dolayısiyle reddedilmiştir. Mamafih fikirlerin mübhemiyet ve kıvamsızlığı içinde o zamanlar meydana çıkan ve sayısız tezadlara mevzu olan vakıf müessesesine, rehin (ipotek) e müteallik ve büyük ehemmiyeti haiz diğer noktalar için uydurma hadis imal etmeye ilk müslüman nesillerine ne fırsatlar zuhur etmemişdi? ([67]) bilâkis bu gibi bahislerde müslüman hukukçular tarafından kendi hükümlerini destekleyen hadisler pek mahdutdur.

Böyle olaylar heyeti mecmuası, hadisler vasıtasıyla İslâmdan evvelki Arap hukukunun kısımlarını yeniden yapmak (tâyin etmek) hususunda beni iyimser olmaya sevk ediyor.

3. İslâmdan evvel ehemmiyetli surette gelişmiş bir Arap hukukunun mevcudiyetine — ki şimdiye kadar hiç kimse bunu dikkat nazarına almışa benzemiyor — mülkiyet hukuku da dahil olduğu halde İslâm hukukunun büyük bir kısmının tâ Hicretin birinci asrında teşekkül etmiş olması, şehadet eder. Böyle vaktinden evvel bir teşekkül olmasaydı, bana öyle geliyor ki hiç bir şey — (müt'a) muvakkat izdivaç meselesi müstesna — sünni mezheplerle gayrı sünni mezheplerin (şii ve harici) hukuk sistemleri arasındaki farkın, dört sünni mezhebin

(67) Bu iddialar hristiyan misyonetleri tarafından serdedilmiş, İslâm âlimleri de ötedenberi bunların esassız olduğunu isbat etmişlerdir.

arasındaki farkdan daha büyük olmaması sebebini izah edemezdi. Yanılmıyorsam bu; İslâm hukukunun, umumiyetle büyük dogmatik ihtilâfların doğurduğu ayrılmalardan evvel, teşekkül ettiğini ve (Hazreti) Muhammedden sonra gelen nesiller içinde Medineli fukahanın (hukukcuların) hayat geleneklerinin umumiyet itibarıyla düşünüldüğünden ziyade itimada lâyık olduğunu evvelden kabul eder. Şunu da nazarı dikkate almak lâzım ki şiiler birinci ve ikinci hicret asrında siyasî kudrete mâlik olmadıklarından ve ameli tatbikat imkânı olmadan hukuk sistemlerini yaptıklarından bu, onlara hayat realitelerini nazarı dikkate almaya mecbur olan sünnilerden ziyade bir hareket serbestisi bırakabilmişdi.

4. (Hazreti) Muhammedin irtihalinden hemen sonra Araplar müthiş istilâlariyle yalnız Bizans imparatorluğunun Asya ve Afrikadaki vilâyetlerini değil lâkin aynı zamanda diğer büyük bir imparatorluk olan Sasanilerin İran devletini de devirip zaptetdiler. Nazari olarak Sasani hukukunun tesirini düşünmek de mantıki olurdu: İran idaresi İslâm idaresine divân gibi derhal birkaç teknik tâbir kazandırdı; ikinci halife (Hazreti) Ömerin (Hicri 13 - 23; Milâdi 634 - 44) fethin akabinde Babil ve Irak memleketleri topraklarına tatbik etdiği muamele İslâm hukukuna göre mağlûp memleketlerde toprak mülkiyet kanunları için bir nümune oldu. İslâm hukuku bundan maada bazı teknik tâbirleri de aldı. Meselâ Bey ül murahaha (kâr ile satış) ın müteradifi "deh yağzde, deh duvazde" Farscada kelime itibariyle mânası (on onbir ,on oniki) dir. Rıbıh (istifade, kâr) gibi hat (alçalma),yahut saftucah (fars aslından) ki Arapcada başka mukabili yoktur ve (banka mübadelesi mektubu) mânasını ifade eder. Münhasıran sulama ile yaşayan bir memleket için o kadar esasi ehemmiyeti haiz sular rejimi İslâmdan evvel, Sasani imparatorluğunun, bedevîlerin akınlarına mâni olmak için Babil memleketinin uzuk sınırları boyunca tampon devlet olarak kurduğu Araplarca da malûmdu, ve nihayet bu, bilhassa Sasani imparatorluğunun

kalbgâhı olan Irakda ve Babil memleketindedir ki iki sünni hukuk ekolünün (hanefi ve hanbeli) mezheblerinin kurucuları, sünni şafii mezhebinin ilk kurucusu buralarda [68] yaşadılar ve sistemlerini talim ettiler ve şiilerin çeşitli hukukî sistemlerini, müessisleri buralarda vücude getirdiler. Mücerred nazariyatta Sasani İran hukukunun bunlar üzerine tesir icra etmesi mümkündü. Lâkin bu hukuk hemen hemen temamiyle meçhulümüzdür. O halde bizi meşgul eden mesele için buradan herhangi bir neticeye varmak mümkün değildir.

İslâmdan evvelki Arap hukuku için olduğu gibi, Roma - Elenistik tesirinin Sasani hukukuna sızmış olmasını ve onun vasıtasıyla İslâm hukukuna nakledilmiş olmasını düşünmek abes bir şey olmaz. Fakat bunlar daima tahminler sahasında yapılması kolay, ispatı güç olan şeylerdir.

5. Jüstiniyen devrinin Roma hukuku hususi ahkâmı ile İslâm hukukununkiler arasındaki benzerlik mebzul ve hatta bazı defalar çok şayanı dikkattir. Lâkin burada bir hukukun diğerine tarihi bağımsızlığını tâyin etmek isterken esasî unsurlar ve tarihi vesikalar tarafından takviye ve te'kid edilmedikçe bu harici müşabehetin ne kadar aldatıcı olduğunu hatırlatmağa lüzum görmüyorum. Bizi işgal eden hali hususide İslâm hukukunun Roma hukukundan çıktığını (teşa'up) veya iştikak etdiğini) isbat etmek gayesiyle müşabehet arayanlar bu mesele için üç mühim noktayı ihmal ettiler:

a) Onlar dört sünni mezhebe münhasır kaldığı halde dahi bir mezhebten öteki mezhebe aradaki bazen kayda değer ayrılıkları ihmal ettiler. Çünkü bazı ahkâmda Roma hukukuyle olan benzerlik yalnız bir kaç

(68) Büyük bir ehli sünnet mezhebi olan dördüncü mezhebin kurucusu İmam Mâlik, Medineden ayrılmadı. Eski Bizans topraklarından yetişmiş yegâne hukukçu, o vakittenberi mezhebi kaybolan El-Evzai'-dir. Fakat Zehebî «Tezkiret'ül huffaz»'ında (1, 168) onun «yalnız hayatının sonuna doğru Beyrut'a Muratıb (muharip) olarak yerleşdiğini tavzih eder, menşei bakımından Sind (Batı Pakistan) dan getirilmiş esirlerden olduğunu söyler.

mezhebe inhisar ediyor ve aynı ahkâma diğer mezheblerde tesadüf edilmiyordu. Bu sebebden Arapça bilmiyenlerin tetkikleri (Dareste, Kohler gibi) İslâm hukukunun tipik bir unsuru (elemanı) imiş gibi yalnız bir mezhebin hususiyetlerini gösterirler.

b) Onlar (Roma hukuku ile İslâm hukuku arasındaki) benzerlikler yanında benzerlik kıymetleri için mihenk taşı teşkil eden ayrılıkları da belirtmeği unuttular.

c) Onlar; klâsik Avrupa dünyası ile İslâm dünyası arasında mevcut olan, "hukuk" ve kaynaklarının anlayış tarzına taalluk eden derin farkı gözden kaybettiler. Halbuki anlayış tarzındaki bu fark idi ki Araplar tarafından feth edilen ve Arap - İslâm medeniyetinin esas kaidesini ([69]) teşkil eden bu Elenistik dünyasında derinden derine kök salmış fikir ve müesseselerin İslâm hukukuna (fıkıh olsun veya olmasın) girmiye niçin muvaffak olamadığını bize izah edecekdi. Bir misal zikredelim: iyi bilinen bir şeydir ki Elenistik ilim muhitinde alım-satım şeye ait bir akiddir (mukaveledir). Halbuki müslüman (hukuk) ekolleri (mezhebleri) bunu tarafeyn rızasıyle olan bir akid (mukavele) saymakda müttefikdirler. Ve bu ne hakikî Roma hukuk anlayış tarzına bir dönüş olduğundan ve ne de onların şey'e ait ticaret ile tarafeyn rızasıyle olan ticaret arasını ayırt etmek meselesi

---

(69) Müellif, aynı tarihlerde Araplar tarafından işgal edilen memleketleri bir tarafa bırakarak *bu Elenistik* inhisarının nereden geldiğini söylemiyor. Malûmdur ki halife Osman (R.A.) zamanında İslâm arazisi İspanyadan Çine kadar uzanıyordu. İran temamile ve Hindin bir kısmı bu topraklara dahildi (Müslümanların o tarihlerde İspanyaya geçişleri için Taberi tarihine, Maveraünnehre gittikleri için Belazüri'ye bakın. Belazüri Batı Hindistandan da bahseder). Biraz evvel gördük ki eski Bizans toprakları, İslâmın ilk asırlarında mühim hiç bir hukukçu yetiştirmedi.

ile karşılaşdıklarından değil de ticarî fiil ve hareketler (ticarah) tarafeynin muvafakatiyle olmalıdır(an trad) mealindeki Kuran âyetine (4:33) istinaden öyle kabul edilmiştir.

Aynı vecihle Araplar Bizans imparatorluğunun en müreffeh vilâyetlerini büyük bir süratle işgal ettikleri zaman oralarda — Michna'nın yahudi hukukuna kendi Yunan adı olan İpothiqi şeklinde giren — ipotek müessesesini çok yayılmış buldular. Lâkin iktisadî hayat için olan ehemmiyetine rağmen bu müesese — o da Avrupa kavanını mevzuası tesiriyle modern münasebetlerimizde olanı hariç — İslâma girmiye muvaffak olamadı.

Elenist dünyasında daha az yayılmış olanlardan biri de uzun vadeli (emphytéotique) akitler idi. Lâkin İslâm hukuku tarafından meşruiyeti kabul edilmek için — o da bütün mezhebler tarafından değil — bir çok asırların geçmesi lâzım geldi. Buna da Vakıf malların ve İkta'ın fevkalâde genişlemesi sebeb olmuşdu.

6. Bir çok kimseler İslâm hukukunun Roma hukukuna ilim olarak bağımlılığını da iddia etmişlerdir. Bir çok âlimler Roma hukukî eserlerinin ve hatta Pandektelerinin (kanun hükmüne konulan Roma mahkemeleri kararlarının mecmuaları) Arapça tercümelerinin mevcud olabileceğini ve İslâm hukukuçularının bunları tetkik ederek onlardan ahkâm ve nizam çıkarabildiklerini tehayyül etmişlerdir. Bugün tarihi manâsızlığı kat'î surette ispat edilmiş olan böyle bir iddia artık münakaşa edilemez. Aynı vecihle en son araştırmaların menfi neticeleri, (1932), şark dilleri edebiyatında (İbrani, Siryani, Kıpti, Arap, Habeş dillerinde) yapılan araştırmalar, Roma teşkilâtı imparatoriyesinin yeniden canlanmasına faydalı unsurları tekrar bulmak için müteveffa Binfante tarafından yapılan araştırmalar da böyledir.

Tarihî mânâsızlığından başka şunu da ortaya koymak gariptir ki bu gibi fikirleri müdafaa edenler her şeyden evvel

hususi fasıllarda hususi ahkâmın tasnifindeki kuvvetli benzerliklerin, temeddün etmiş milletlerin hukukları ne olursa olsun kaçınılmaz ve zaruri bir şey olduğunu düşünmediler .Bilmukabele Roma tipi hukuk eserlerini örnek tutup üzerinde çalışan Arap hukukçuları — birkaç hukuku hususiye misali ile iktifa ediyorum — madenler yahut köleler yahut gayrımenkul mülke müteallik malzemeyi, hiçbir Avrupalı hukukçunun evvelemirde aramayı hâtırına getirmiyeceği çeşitli fasıllara dağıtmağı asla düşünemezlerdi. Ribayı (faiz, fahiş faizi) alım-satımla ilgili tutmazlardı. İslâm hukukunun büyük bir kısmının müstakil bir tertip ve tanzim eseri olduğunu gösteren açık deliller vardır. Öyle bir tertip ve tanzim ki kanaatime göre mücerred hukukî nazariye — lerden çok fazla İslâmın hukuki — içtimai müesseselerinin gelişmelerinin tarihî sebeblerine bağlıdır.

7. Roma hukukunun İslâm hukukuna derin tesirleri lehine ileri sürülen deliller arasında bazen; ikinci hicret asrının başında daha o vakitten hukukî tetkiklerin ve hukukî yazılaların (literatürün) İslâm'da süratle en büyük inkişaf erz edişi ileri sürüldü ve Roma hukukî literatürü tarafından sağlanmış bir öğreneğin mevcudiyeti evvelden kabul edilmeden böyle bir hâdise haklı olarak gayri kabili izah idi. Lâkin bu muhakemeyi yaparken unutuluyordu ki böyle bir vüs'atin, böyle vaktinden evvel bir inkişafın saiki — garbdaki mânasında anlaşılmak üzere — hukuk için fevkalâde bir heves ve alâka değildi. Zira böyle bir temayül ,şarktaki hristiyanlığın vasatın dunundaki hukukî mahsüllerinde (verdiği eserlerde) görüldüğü gibi yakın şarkta o devirde temamiyle noksandı. (Müslümanlar indinde) bu mebzul hukukî verimin sebebi, (Hazreti) Muhammedin ve dolayısiyle izinden gidenlerin hukuk anlayışlarında idi. Zira fıkıh (hukuk) din ile alâkası olmıyan (basit) bir disiplin değil de dini ilmin başlı başına bir kısmı olarak telâkki ediliyordu. Fıkhın (hukukun) çok süratli gelişmesi, Kuran tefsirinden, hadislerin toplanmasından ve tefsirinden

vesaireden başlayan dinî tetkiklerin büyük gelişmesinin arz ettiği manzaralardan biridir.

8. İslâm hukukunun Roma hukukuna bağımlılığını veya hiç olmazsa bu sonuncusunun İslâm hukuku üzerine derin tesirini müdafaa edenler bu bağımsızlığın yahut bu büyük tesirin nasıl husule geldiğini az çok açıkça ispat etmelidirler.

Hukukçulara gelince onlar Roma hukuku kitaplarının Arapça tercümeleri (bu faraziyeler olaylarla temamiyle tekzip edilmişdir) yahut hiç olmazsa İskenderiyye ve Beyrutun meşhur hukuk ekollerinin geleneklerinin devamı olduğu (bu ekollerin Arap fütühatına tekaddüm eden asırda kapanmış olmasına rağmen) faraziyelerine istinad ederler. İslâmi tetkikler yapanlar fetih esnasında mevcut olan mahkemelerin adlî muamelelerini ve İslâmı kabul etmiş hristiyan ve yahudileri nazarı itibara aldıklarından tarihî hakikatlerden daha az uzakta kaldılar. Lâkin her türlü faraziyeden evvel bazı tarihî ve mühim meseleleri ortaya koymak ve halletmek lâzımdır: Araplar, zaptettikleri zaman Filistinde ve Suriyede adlî teşkilâtın hakikî durumu ne idi? Hâlâ faaliyette mi idiler? Yoksa birçok yerlerde, şarkta adlî mevzularda bilgili olanlarının pek az olduklarını bildiğimiz kilise mensuplarının ellerine mi terkedilmişdi? Arap tarihlerinden çıkarılan neticelere göre Bizanslı mülkî ve adlî hâkimlerin hemen hemen hepsi, hukuk ilminin yalnız bu hakikî aşinaları Arap istilâsı başlar başlamaz memleketi hemen terk etmemişler miydi? Badema hali firarda bulunan mülkiye memurları yerine şehirlerin piskoposlar tarafından teslim edilişinde bunun delilini görmüyor muyuz? Burada beni meşgul eden davâ için bu meselelerin ehemmiyeti azimesi üzerinde ısrarla durmaya fazla ihtiyaç görmüyorum.

Lâkin bir başka nokta üzerine daha nazarı dikkatinizi kısaca çekmek lâzım geliyor: İslâm hukuku, Roma hukuku arasında muhtemel sıkı münasebetler veya birincinin bağımlılığı etrafındaki çeşitli münakaşalarda zımmi veya aleni bir şekilde

hakikate uymayan iki şey evvelden kabul olundu: Adaletin tevzii Arap istilâsının birinci asrı boyunca tertipli ve intizambir şekilde cereyan etti ve yeni efendiler gayrımüslim tebaalarının menfaati için bu idareye ihtimam gösterdiler. Bilâkis takib olunan hakikî bir ademi müdahale prensibi idi. Çünki bir Kuran prensibine göre: «Her din mensubuna kendi kanunu» muteberdi. Böylece tarih bakımından müdafaası imkânsız rahip ve haham mahkemelerinin muntazam bir surette işlediği faraziyesinde — birinciler tarafından Roma hukuku ahkâmına sıhhatle riayet mânasına alınmak üzere muntazam — Araplara bundan bilgiler istihsal etmek (Roma hukukunu öğrenmek) fırsatı zuhur etmiyordu. Aynı vecihle Araplara göre mülkiyet hukuku sahasında fatihlerle mağlûplar arasında iyi bir anlaşmaya götürebilecek iktisadî müşterek menfaatler yokdu. Zira fetihden sonra uzun seneler için Araplar hükûmet memuriyetlerini muhafazada devam ettiler: yalnız memur ve asker idiler, çiftçi, tacir, çiftlik sahibi değildiler. Miri arazî şüphesiz malikâne (tımar ve zeamet) olarak askerî şahsiyetlere bırakılmıştı. Lâkin malikâne sahibi Arap (toprağının hristiyan olan idarecilerinden) verim talep etmekle iktifa ediyordu. Ziraî mukaveleler yapılıp ihtilâflar zuhur ettiği zaman taraflar (iki taraf) hristiyan iseler, birinci hicret asrında İslâm hukukunun teşekkül devrindeki İslâm adaleti onunla meşgul olmazdı. Mamafih meşgul olduğu zamanlarda ihtilâflı meselelerde hristiyan kanunlarına göre değil müslüman kanunlarına göre hüküm verilirdi.

Diğer tarafdan İslâm dinine giren yeni mühtedilerin mühim olarak getirdikleri hukuk sahasında değildi. Bizim dâvamız için ehemmiyetli olan devirde onlar (mühtediler) yalnız mevali idiler. Hukuk bakımından Araplardan aşağı idiler, ve adlî memuriyetlere yükseltilmemiş idiler. ([70])

---

(70) Client - müşteri'nin, patronun madûnu olduğu Yunan ve Roma sistemlerinin aksine olarak, Arap dili İslâmdan evvelki devirdenberi bu iki mefhum için bir tek kelime kullanırdı: Mevlâ (cemi: mevâ-

Bu tarihî şartlar içinde Roma hukukunun — bir kısım idari tertipler hariç — İslâm hukukunun teşekkülünde kayda değer bir tesiri olamaması hayret edilecek bir şey değildir.

---

li) patron ve client (müşteri) aynı kelime ile ifade edilirdi. (komşu kelimesi de buna benzer). İslâm devrinde mühtedileri (yeni dine giren Rum, Suriyeli, İranlı ilâh... ırk bakımından birbirinden ayırmak cihetine gidilmedi; zira en sıkı islâmî mevzularda, Kur'an ve Hadis tedrisinde onlar hertarafda görünürler .Eğer bu mühtedilere, hakikaten müslüman mahkemelerinde hâkim sıfatıyla tesadüf edilmiyorsa bunun sebebi, onların hukukî mevzulara ilgilenmemelerinden ileri geliyordu — ki bir kaç satır evvel müellif de aynı şeyden bahsetmişdi — yoksa fatih olan Arapların, herhangi bir suretle onları kendilerinden ayırdetmelerinden değil.

Bu notlar Paris'de intişar eden Revue Islamique, La Pensée Chiite mecmuasının mart 1960 sayısından iktibas edilmiştir. Prof. M. Hamidullah beyindir.

İ Ç İ N D E K İ L E R

Sayfa

Ö n s ö z 5

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKU ÜZERİNE ROMA HUKUNUN TESİRİ 7
Roma tezinin aleyhindeki deliller 14

İKİNCİ BÖLÜM

FIKIH MUAMMASI VE KAYNAKLARININ ESRARI... 23

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNUN İSLÂM HUKUKUNA TESİRİ OLDU MU? 53
Modern İslâmiyetçiler 55
Roma hukuku ile münasebetleri 56
İslâmdan evvelki devirde mülkiyet hukuku 58

Yağmur Yayınları: 19
Fikrî Eserler: 9

Kapak : Ayhan Erer

Dizgi ve Baskı:
AHMET SAİT MATBAASI
Kapak Baskısı:
ÇELTÜT MATBAASI

İslâm Fıkhının doğuşu, metodu, mevzuu ve tarihî gelişmesi asırlar boyunca tartışılmıştır.

Bu hususta, hıristiyanlık gayretiyle ve sözde ilim namına ortaya atılan iddialar zamanlarında gerekli cevabı bulmuşken, devam eden yeni gayretlerin sesine, bu defa iki Hıristiyan ve bir Müslüman âlim, ilmin ciddî örneğini vererek cevap vermektedirler.

Fıkhın doğuşunu, gelişmesini, İslam âlimlerinin ortaya koydukları metod üstünlüğünü ve taklide ihticı olmayan insanların bübüyüklüğünü bu eserde okuyacaksınız.

FİATI 250 KURUŞ